Münster 1937 No 1 Jur DiSS

# Die materiellen Wirkungen der Zivilurteile.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

WERNER DEGENER

Regierungsreferendar

1937

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Referent: Herr Geheimrat Prof. Dr. Krückmann

Korreferent: Herr Prof. Dr. Sauer

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN

## INHALTSÜBERSICHT.

A. Einführung . . . . . 1

B. Materielle Urteilswirkungen vom Standpunkt der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie aus gesehen . . . . 2

C. Die Stellung der prozessualen Rechtskrafttheorie zu den materiellen Urteilswirkungen . . . . . 6

D. Die Ermächtigung als materielle Urteilswirkung . . . 10

E. Ermächtigung und privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteile . . . . . 17

F. Die Ermächtigung im Verhältnis zu den Rechtskrafttheorieen von Boetticher, Goldschmidt, Lent, Coester, Henle, Seuffert und Sauer . . . . . 33

G. Die praktischen Auswirkungen der Lehre von der Ermächtigung als materiellen Urteilswirkung unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung für den Strafrichter . 40

H. Schlußbemerkung . . . . . 49

## VERZEICHNIS DES SCHRIFTTUMS.


Bachmann: Das rechtskräftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschränkter Rechtsgeltung. (Beiträge z. ZPr. 12) 1931.
Binder: Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. 1895.
— Prozeß und Recht. 1926.
Boetticher: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 1930.
Bülow: Gesetz und Richteramt 1885.
Coester: Rechtskraft der Staatsakte 1927.
Fischer: Jherings J. 40, 151 ff.
Francke: Ausnutzung der Rechtskraft 1930.
Freudenstein: Rechtskraft 1881.
Geib: Rechtsschutzbegehren.
Goldschmidt: Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. Berlin 1932, § 63.
— Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens. (Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät, Bd. II, 1925).
Heim: Die Feststellungswirkung der Zivilurteile 1912.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.
— System § 227 ff.
Husserl: Rechtskraft und Rechtsgeltung I, 1925.
Kisch: Urteilslehre 4, 75.
Kleinfeller: Lehrbuch § 70 II.
— Festschrift für Wach 2, 273 ff.
Klöppel: Einrede der Rechtskraft 1882.
Kohler: Archiv für Bürgerliches Recht 42, 113 ff.
— Festschrift für Klein 1914 1 ff.
Krückmann: Zeitschrift für Ostrecht 1, S. 179 ff.
— JW. 1922, 386 ff.; 1924, 1389 ff.
— LZ. 1923, S. 1 ff.
— Einführung in das Recht, S. 25, Anm. 1.
— Jherings J. 57, 1 ff.
— Zeitschrift für Zivilprozeß 46, 371 ff.; 47, 1 ff.; 48, 1 ff.
— Archiv für zivilistische Praxis 139, 87 ff.
Lent: Gesetzeskonkurrenz II, S. 165 ff., 1916.
Krüger: Rechtskraft 1885.
Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile 1908.
— Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses 1914.
Mayer: Anspruch und Rechtskraft im deutschen Zivilprozeß 1896 und 1930.
Mendelssohn-Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft 1900.
— Festschrift für Klein 1914, S. 147.
Merkl: Zur Lehre von der Rechtskraft 1923.
Neuner: Zeitschrift für Zivilprozeß 54, 217 ff.
Oertmann: Archiv für Bürgerliches Recht 42, 1 ff.
Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 1905.
— Jahrbuch des Verwaltungsrechts I, 325 ff.
— Zeitschrift für Zivilprozeß 37, 1 ff.
— Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 6, 489 ff.
— Prozeßprobleme II.
Planck: Lehrbuch 1, § 53.
Reichel: Festschrift für Wach 3, 1 ff.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 3. Aufl., Berlin 1931.

Sauer: Festgabe für Richard Schmidt 1932, 308 ff.
— Grundlagen des Prozeßrechts 1929, 235 ff.
— Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1926, Bd. XIX, S. 268 bis 293.
Scherling: Zeitschrift für Zivilprozeß 32, 186 ff.
Schmidt: Lehrbuch § 121.
Schultz: Rechtsgang I.
Schwartz: Billigkeitsurteil 1904, 38 ff.
— Absolute Rechtskraft 1899.
Seuffert-Walsmann: Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 1932.
Stein: Bindende Kraft richterlicher Entscheidungen 1897.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung 1933/34 § 322.
Siegert: Deutsches Strafrecht 1935, Heft 8—9, S. 283 ff.
Wach: Vorträge 2, 133 ff.
Wach-Laband: Zur Lehre von der Rechtskraft 1899.
Walsmann: Streitgenössische Nebenintervention. Archiv für zivilistische Praxis 102, 193 ff.
Wetzell: System 3, 577 ff.
Wurzer: Jherings J. 65, 335 ff.

## A. EINLEITUNG.

Das Thema dieser Arbeit läßt den Schluß zu, als handele es sich um einen Beitrag zu der seit langem und noch immer umstrittenen Lehre der Rechtskraftwirkung der Zivilurteile. Man könnte aus der Wahl dieses Themas vielleicht sogar schließen, daß eine Verteidigung der in Lehre und Literatur als materiellrechtlich bezeichneten Rechtskrafttheorie beabsichtigt sei. Eine solche Annahme liegt umso näher, als die Frage, ob materielle Wirkungen der Zivilurteile zu bejahen sind, bisher in der Literatur stets im Zusammenhang mit der Lehre von der materiellen Rechtskraft erörtert und beantwortet worden ist.

Es muß daher gleich zu Beginn gesagt werden, daß mir eine solche Absicht fern liegt. Das Ziel dieser Arbeit soll in dem Nachweis bestehen, daß die Zivilurteile — ganz gleich ob rechtskräftig oder nicht — materielle Wirkungen auslösen. Es sollen gleichfalls Ausmaß und Art dieser materiellen Wirkungen näher dargelegt werden; nicht aber soll auf die Frage eingegangen werden, was letzthin das Wesen der Rechtskraft ausmacht.

Daß die Probleme der materiellen Rechtskraft einerseits und der materiellen Urteilswirkung andererseits nicht identisch sind, stellt neuerdings Boetticher mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit heraus [1]).

Wenn es somit nicht meine Aufgabe ist, das Problem der materiellen Rechtskraft zu lösen, so bedeutet dies nicht, daß sich ein Eingehen auf die verschiedenen Rechtskrafttheorieen im Rahmen dieser Arbeit erübrigt. Im Gegenteil wird die Würdigung dieser Theorieen einen breiten Raum beanspruchen, da — wie oben schon betont — sie unter dem Gesichtspunkt der Rechtskraftwirkungen eingehend zu der Frage Stellung nehmen, ob die Zivilurteile nach heutigem

---

1) Vergl. Boetticher, aaO. S. 104: „Wir müssen davon abkommen, bei der Unterscheidung der materiellen und prozessusalen Rechtskrafttheorieen auf die Frage abzustellen, ob im gegebenen Fall dem Urteil ein Einfluß auf die außerprozessuale Rechtslage eingeräumt wird oder nicht. So gestellt gehört die Frage in den Bereich der Allgemeinen Rechtslehre, in die Lehre der Funktionenscheidung von Gesetz und Richteramt. Die Rechtskraftlehre hat sich um ihr Problem zu kümmern, d. h. zu erklären, auf welche Weise der Gesetzgeber einen Konflikt widersprechender Urteile über ein und dieselbe Sache verhütet. (Inwieweit die Problemstellung und Eingruppierung in die Rechtsgebiete als richtig anzusehen ist, mag dahingestellt bleiben. Festzuhalten ist nur, das Boetticher Rechtskraft und materielle Urteilswirkung als auf verschiedenen Ebenen liegend ansieht).

Recht materielle Wirkungen auslösen. Eine Darstellung und Würdigung der Lehren von der materiellen Rechtskraft ist darum in dem ersten Teil dieser Arbeit geboten.

## B. MATERIELLE URTEILSWIRKUNGEN VOM STANDPUNKT DER MATERIELLRECHTLICHEN RECHTSKRAFTTHEORIE AUS GESEHEN.

Die in der Hauptsache von Kohler[2]) und — mit einer besonderen Wendung im Ausdruck, die aber nicht viel ändert[3]) — von Pagenstecher[4]) vertretene materiellrechtliche Rechtskrafttheorie vertritt bekanntlich die Ansicht, daß das Urteil auf das materielle Rechsverhältnis, das den Gegenstand der Urteilsfeststellung bildet, einwirke. Die materiellrechtliche Theorie behauptet materielle Wirkungen in allergrößtem Umfange. Folgt man ihr, so besteht das materielle Rechtsverhältnis, über das abgeurteilt wurde, nach Erlaß des Urteils so, wie der Urteilsspruch besagt. Das gilt insbesondere für den Fall, daß die außerprozessuale Rechtslage sich mit dem richterlichen Erkenntnis nicht deckt.

Sententia ius facit.

Diese Lehre hat seit Hellwigs Großangriff gegen sie heftigen Widerspruch gefunden. Man hat gegen ihre Richtigkeit eingewandt, daß sie das Wesen des Prozesses verkenne, der Feststellung von etwas Bestehendem, nicht jedoch Schaffung von etwas Neuem bezwecke[5]).

---

2) Kohler: Festschrift für Klein, S. 1 ff.
Archiv für bürgerliches Recht 42, 113 ff.
Wach: Vorträge (2) 133 ff.
Reichel: Festschrift für Wach 3, S. 1 ff.
Kleinfeller: Festschrift für Wach 2 S. 273 ff.
Lehrbuch § 70 II.
Neuner: Zeitschrift für Zivilprozeß 54, 217.
W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt.
Düringer: Deutsche Jur. Z. 1911, 43 ff.
RGZ: 46, 336; 71, 311; 75, 27; 75, 215.
Sauer (Grundlagen des Prozeßrechts) kann nicht als Anhänger der materiellrechtlichen Theorie angesehen werden. Von Stein-Jonas wird er zu den Prozessualisten gerechnet; Sauer selbst (a.a.O.) bezeichnet seine Lehre als prozessual-gestaltende (dynamische) Theorie. (Vergl. S. 37 ff. d. Arbeit).

3) Vergl. S. 5 dieser Arbeit.

4) Pagenstecher: Materielle Rechtskraft.
Jahrbuch des Verwaltungsrechts, I, 325 ff.
Zeitschrift für Zivilprozeß 37, 1 ff.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 6, 489 ff.
Prozeßproblem II.

5) Goldschmidt: Lehrbuch 206; Seuffert-Walsmann: a.a.O. S. 532; RGZ: 94, 276.

Sie sei auf prozeßabweisende Urteile sowie auf solche, die über die Frage der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde entschieden, unanwendbar [6]).

Zudem gehe sie vom unrichtigen Urteil aus, denn nur für solche Fälle könnten materielle Wirkungen in Frage kommen [7]).

§ 325 ZPO, der die subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung festlege, sei zum mindesten bei Urteilen, denen dingliche Ansprüche zu Grunde lägen, nicht mit einer materiellen Wirkung in Einklang zu bringen [8]).

Endlich leiste diese Theorie praktisch auch nicht das, was sich ihre Anhänger von ihr versprächen [9]).

All diesen Kritikern der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie ist zuzugeben, daß materielle Wirkungen in diesem Ausmaße, wie sie die Vertreter dieser Lehre behaupten, nicht durch ein Zivilurteil ausgelöst werden können. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob alle Argumente, die man gegen die materiellrechtliche Theorie anführt, stichhaltig sind oder ob sie nicht teilweise nur dartun, wie sehr sich die Gegner weigern, irgendwelche materiellen Wirkungen anzuerkennen.

Es ist jedoch sicher, daß die Annahme solcher umfassenden materiellen Wirkungen das Wesen des Prozesses auf den Kopf stellen würde. Es ist nach unseren heutigen Gesetzen sicherlich nicht Aufgabe des Richters, Recht zu schaffen. Das aber würde im Falle der Richtigkeit dieser Lehre zutreffen. Unser heutiger Prozeß hat rein deklaratorische Ziele. Der Richter soll lediglich feststellen, was Rechtens ist [10]). Er soll das Recht erkennen, nicht aber mit dem Gesetzgeber in Wettbewerb treten. Etwas Anderes liegt auch garnicht in der Absicht des Richters. Man würde ohne weiteres jemand als schlechten Richter bezeichnen, wenn er bei dem Erlaß seines Urteils nicht die Überzeugung hätte, daß jeder andere Richter den von ihm abgeurteilten Streitstoff genau so entschieden haben würde. Der Richter hat beim Urteilsspruch doch keine andere Überzeugung als die: Was Du jetzt aussprichst, ist Recht. Der Gedanke, daß es in Zukunft Recht sein würde, liegt ihm vollkommen fern.

Man erwäge auch einmal die Folgerungen dieser Lehre in ihrer praktischen Auswirkung. Bei dem gewöhnlichen Leistungsurteil mag man die von der materiellrechtlichen Theorie heraufbeschworenen

---

6) Goldschmidt: Lehrbuch 206; Stein-Jonas: a.a.O. I, 925.

7) Goldschmidt: Lehrbuch 206; Seuffert-Walsmann: a.a.O. S. 532; Krückmann: ZZP! 46, 387 ff.

8) Seuffert-Walsmann: a.a.O. S. 543 a. E.; Goldschmidt: Lehrbuch 206.

9) Rosenberg: a.a.O. S. 519 d.

10) Vgl. RGZ 94, 276: . . . schafft das Gericht nicht Recht, sondern stellt nur fest, was Rechtens ist.

Konsequenzen noch hinnehmen. Man braucht aber nur an das Gebiet des Eherechts zu denken, um zu völlig unhaltbaren Ergebnissen zu gelangen. Krückmann [11]) erwähnt den Fall, daß zwei Ehegatten in blutschänderischer Ehe leben und daß der Richter die von einem der Ehegatten oder dem Staatsanwalt erhobene Nichtigkeitsklage abweist. Leben diese Ehegatten nun wirklich in einer vollwirksamen Ehe, obwohl objektiv Blutschande vorliegt? Will man dem Richter die Möglichkeit geben, durch ein unrichtiges Erkenntnis aus einer blutschänderischen Ehe eine vollgültige zu machen? Hinzu kommt, daß nach den zwingenden Vorschriften des BGB eine solche Ehe nichtig ist. Sollte der unrichtig entscheidende Richter sich auch hierüber hinwegsetzen können? Das sind Fragen, deren Beantwortung unmöglich vom Standpunkt der Materiellrechtler erfolgen darf.

Gegen die Richtigkeit der materiellrechtlichen Lehre spricht, daß sie das unrichtige Urteil als Grundlage ihrer Theorie zu Grunde legen muß [12]). Nur bei dem unrichtigen Urteil würde die materielle Rechtskraft in ihrer ganzen Bedeutung und ihrer starken Einwirkung auf das entschiedene Rechtsverhältnis deutlich werden. Man hat mit Recht eingewandt, daß beim richtigen Urteil sich die Annahme einer Änderung des dem Urteil zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisses durch das Urteil selbst erübrigt. Für eine Theorie, die Anspruch auf unbedingte Richtigkeit erhebt, darf jedoch nicht ein Ausnahmefall, der das unrichtige Urteil doch hoffentlich bleiben wird, Ausgangspunkt sein.

Die Tatsache, daß von den Wirkungen eines unrichtigen Urteils ausgegangen wird, führt die materiellrechtliche Rechtskraftlehre auch zu dem unannehmbaren Ergebnis, daß ausgerechnet das unrichtige Urteil bedeutend stärkere Wirkungen aufweist als das richtige. In dem einen Fall Schaffung eines vollständig neuen Rechts, in dem andern Fall nicht. Einmal materiellrechtliche Wirkung, in dem anderen Fall nicht oder zu mindest nicht in dem Ausmaße.

Die Durchführung der materiellrechtlichen Theorie scheitert in vielen Fällen an der logischen Unmöglichkeit, das von ihr gesetzte Ziel zu erreichen.

Wenn der Nichteigentümer A gegen den Eigentümer B Klage auf Feststellung erhebt, daß er z. B. seit dem 1. Januar 1931 Eigentümer einer bestimmten Sache sei, und wenn der Richter antragsgemäß zu Gunsten des Nichteigentümers A entscheidet, so ist nach Ansicht der Materiellrechtler A zum mindesten vom Zeitpunkt des

---

11) Vgl. Krückmann: ZZP 46, 393.

12) Krückmann: ZZP 46, 387 ff. Goldtschmidt: Lehrbuch 206. Seuffert-Walsmann: a.a.O. S. 532.

Urteils an rückwirkend vom 1. Januar 1931 Eigentümer der ihm in Wirklichkeit nicht gehörenden Sache geworden.

Krückmann [13]) hat schon darauf hingewiesen, daß eine solche Annahme über den Bereich des gedanklich noch Möglichen hinausgeht. Eigentümer der umstrittenen Sache seit dem 1. Januar 1931 konnte A nur durch Eigentumserwerb eben am 1. Januar 1931 werden. Kein Richter kann ihn später dazu machen. Dieser hätte allenfalls die Möglichkeit, ihm das Eigentum im Moment der Urteilsverkündung für die Zukunft zu verschaffen. Das wäre aber etwas anderes, als A mit seiner Klage verlangt. Die Möglichkeit eines zeitlich rückwirkenden Eigentumserwerbs ist einfach unvorstellbar. Pagenstecher [14]) hat — wohl in Erkenntnis dieser Unmöglichkeit — einen Ausweg vorgeschlagen. Er argumentiert: Wenn der Nichteigentümer A unrichtigerweise im Urteil als Eigentümer seit dem 1. Januar 1931 festgestellt wird, so wird er dadurch nicht Eigentümer, aber er ist nunmehr auf Grund des Urteilspruches dem B gegenüber verpflichtet, sich so behandeln zu lassen, als ob er seit dem im Urteil festgestellten Zeitpunkt Eigentümer wäre. Umgekehrt ist der im Prozeß unterlegene Eigentümer B nach Erlaß des Urteils verpflichtet, sich dem Sieger A gegenüber so behandeln zu lassen, als sei letzterer seit dem im Urteil angegebenen Zeitpunkt Eigentümer.

Abgesehen davon, daß die Rechtskraftwirkung nicht unter dem Gesichtspunkt verschieden beurteilt werden darf, ob dem Prozeß ein dinglicher oder obligatorischer Anspruch zu Grunde liegt, gibt Pagenstecher statt eines dinglichen Rechtes nur einen obligatorischen Anspruch. Er gibt dem siegreichen Kläger also nicht das, was dieser mit seinem Klageantrag begehrt. Der Kläger A will sein Eigentum durch einen Urteilsspruch festgestellt wissen.

Pagenstecher verläßt somit in diesen Fällen die materiellrechtliche Theorie, denn diese behauptet doch, daß der siegreiche Kläger durch das unrichtige Urteil ein Recht erhält, so wie er es im Prozeß behauptet. Pagenstecher gibt dem Sieger jedoch nicht nur ein Minus, er gibt ihm ein aliud. Dies aliud ist zwar etwas Materiellrechtliches, ist aber nicht das materielle Recht, was der siegreiche Kläger mit seiner Klage verlangte.

Die Unbrauchbarkeit einer solchen Lösung zeigt sich in dem Falle eines anschließenden Straßprozesses gegen B. Unterstellen wir, daß A im Jahre 1935 das Urteil erwirkt hat mit dem Inhalt, daß er seit dem 1. Januar 1931 Eigentümer der streitbefangenen Sache sei. Anschließend trägt er auf Bestrafung des B an, weil dieser im Jahre 1934, als der Streit über das Eigentum noch nicht rechtshängig war,

13) Vergl. Krückmann: ZZP 46, 385.
14) Pagenstecher: Verw. JR 1, 347.

die nunmehr dem A zugesprochene Sache beschädigt habe. Inwieweit kann der Strafrichter das Erkenntnis des Zivilrichters seiner Entscheidung zu Grunde legen? Soll B bestraft werden nur aus dem Grunde, weil er seit dem Jahre 1935 rückwirkend verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als ob A seit dem 1. Januar 1931 und somit auch im Jahre 1934 Eigentümer der beschädigten Sache war?

Die Frage muß doch wohl verneint werden. Mit einer Verpflichtung für B, sich so behandeln zu lassen, als ob ....., kann der Strafrichter nichts anfangen, selbst wenn man grundsätzlich eine Bindung des Strafrichters an die Entscheidung des Zivilrichters anerkennt. B kann niemals deshalb bestraft werden, weil er 1934 einer Verpflichtung nicht nachgekommen ist, die ihm erst im Jahre 1935 auferlegt wurde und von der er erst in diesem Zeitpunkt erfahren hatte. B würde in einem solchen Falle für einen Verstoß gegen eine Verpflichtung bestraft, die unzweifelhaft im Zeitpunkt der Tat noch gar nicht bestand. Der Strafrichter benötigt den Nachweis, daß A im Jahre 1934 auch Eigentümer war. Eine solche Wirkung des Feststellungsurteils im Eigentumsprozeß verneint aber gerade Pagenstecher.

Trotzdem legt der Strafrichter das Urteil des Zivilprozesses seinem Strafurteil zu Grunde. Wie später zu zeigen sein wird, tut er das mit Recht. Daraus ergibt sich aber, daß die Lehre Pagenstechers zumindest in der Praxis unbrauchbar ist. Denn der Strafrichter muß doch einen unter Umständen vom Reichsgericht entschiedenen Streit über Eigentumsverhältnisse mit ruhigem Gewissen für seine Entscheidung verwerten dürfen.

Es wurde oben erwähnt, daß man noch weitere Argumente gegen die Richtigkeit der materiellen Rechtskrafttheorie ins Feld führt. Im Rahmen dieser Arbeit kann ihre Stichhaltigkeit jedoch ungeprüft bleiben, da durch die vorstehenden Ausführungen schon nachgewiesen ist, daß diese Theorie hinsichtlich der materiellen Auswirkungen der Zivilurteile unnötigerweise weit über das Ziel hinausschießt.

## C. DIE STELLUNG DER PROZESSUALEN RECHTSKRAFTTHEORIE ZU DEN MATERIELLEN URTEILSWIRKUNGEN.

Den umgekehrten Fehler läßt sich die Gegnerin der materiellrechtlichen Theorie, die von Hellwig [15]) begründete und heute über-

15) Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. System §§ 227 ff.

wiegend vertretene[16]) prozessuale Rechtskrafttheorie zuschulden kommen.

Sie leugnet jede materielle Einwirkung des Urteils auf das ihm zu Grunde liegende Rechtsverhältnis der Parteien. Die Rechtskraftwirkung erschöpft sich nach Ansicht der Prozessualisten in der Bindung des in gleicher Sache noch einmal angegangenen späteren Richters durch das Gesetz, in gleicher Weise wie der Vorderrichter zu entscheiden.

Materielle Rechtskraft — bloße Unbestreitbarkeit.

Es liegt auf der Hand, daß die Prozessualisten zwar in anderer Richtung, aber dennoch genau so weit über das notwendige Ziel hinausschießen wie die Materiellrechtler. Die bloße Unbestreitbarkeit ist als alleinige oder zumindest Hauptwirkung für von staatlichen Organen erlassene Urteile etwas dürftig.

Wenn der Nichteigentümer A gegen den Eigentümer B zu Unrecht im Eigentumsfeststellungsprozeß gesiegt hat, so hat A zweifellos mehr erhalten als nur den prozeßrechtlichen Vorteil, daß B sein Eigentum in Zukunft nicht mehr bestreiten darf bzw. nicht vor einem Gericht erfolgreich bestreiten kann. Das zeigt sich sofort, wenn A nunmehr gemäß § 985 BGB auf Herausgabe der Sache klagt. In der Paxis gibt jeder Richter der Klage des im Feststellungsprozeß siegreich gewesenen Nichteigentümers A statt. Dem B ist der Einwand, er sei Eigentümer, vor dem neuen Gericht verwehrt.

Das Feststellungsurteil im Vorprozeß hat den Nichteigentümer A nicht zum Eigentümer gemacht. Dennoch wird er im nachfolgenden Verfahren — gerichtet auf Herausgabe der Sache — auf Grund des voraufgegangenen Feststellungsurteils genau so behandelt, als wäre er Eigentümer. Ob A sich auf ein — wenn auch unrichtiges — Urteil, in dem sein Eigentum festgestellt ist, beruft oder ob er seinen Eigentumserwerb durch Einigung und Übergabe nachweisen kann,

---

16) Andere Vertreter dieser Lehre: Stein-Jonas: Komm. zur ZPO § 322. Baumbach: ZPO! § 322.
Förster-Kann: Komm. zur ZPO § 322.
Geib: Rechtsschutzbegehren 59.
Goldschmidt: Lehrbuch § 63. Prozeß als Rechtslage.
Rosenberg: Lehrbuch § 154.
Heim: Feststellungswirkung der Zivilurteile.
Kisch: Urteilslehre 4, 75.
Kuttner: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses; Privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteile.
Lent: Gesetzeskonkurrenz II.. 165 ff.
Seuffert-Walsmann: Komm. zur ZPO § 322.
Boetticher: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft; RGZ: 80, 323; 84, 373; 94, 276; 122, 148; 125, 159.
H. Schmidt: Bindung des Zivilrichters 1927.
Mendelssohn-Bartholdy: Festschrift f. Klein 147. Grenzen der Rechtskraft.

bleibt in den praktischen Auswirkungen gleich. Unterstellt man die prozessuale Theorie als richtig, so könnte der im Prozeß unterlegene B den siegreichen Nichteigentümer A auch nach Erlaß des Urteils als Nichteigentümer behandeln, und das sogar mit Recht. Nur im Rahmen eines Prozesses, in den die Frage des Eigentums hineinspielt, wäre dem B dies verwehrt.

Diese Folgerung spricht unbedingt gegen die Richtigkeit der prozessualen Lehre, denn die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Handelns des B kann man doch schlecht verschieden beantworten, je nachdem ob A innerhalb oder außerhalb eines Prozesses so handelt.

Es mag noch kurz geprüft werden, welche Folgerungen die prozessuale Theorie für den Strafrichter mit sich bringt.

Erhebt der siegreiche Nichteigentümer A gegen den wirklichen, aber im Feststellungsprozeß unterlegenen Eigentümer B Strafantrag wegen Sachbeschädigung zu einem Zeitpunkt, der durch das Urteil zugunsten des A gedeckt ist, so müßte B sich nach dem Grundsatz der Prozessualisten damit verteidigen können, daß das voraufgegangene Urteil an den Eigentumsverhältnissen aber auch garnichts geändert habe, sodaß er, B, somit immer noch Eigentümer sei. Als solcher könne er jedoch nicht wegen Sachbeschädigung bestraft werden. Der Strafrichter müßte in folgerichtiger Anwendung der von Hellwig und den übrigen Vertretern der prozessualen Lehre herausgestellten Grundsätze hinsichtlich der Urteilswirkungen die materielle Sachlage selbständig untersuchen und den B von der Anklage der Sachbeschädigung freisprechen. Das Ergebnis dieser Erwägungen bedeutet keine Stütze für die prozessuale Lehre, auch nicht wenn sie dies Ergebnis als nach heutigem Recht richtig hinstellt. Kuttner [17]) als Anhänger der prozessualen Rechtskrafttheorie wehrt sich gegen diese Folgerung. An sich mit Recht, seine Begründung aber vom Standpunkt der Prozessualisten schlägt nicht durch [18]).

Es ist überhaupt das Mißgeschick der prozessualen Rechtskrafttheorie, daß sie in gleichem Maße, wie sie rein äußerlich den Eindruck erweckt, daß man mit ihr einheitliche und zweckentsprechende Ergebnisse erzielen kann, in der Praxis versagt oder zu umständlichen Konstruktionen nötigt. Wenn dem A in einem Rechtsstreit eine Darlehnsforderung gegen den B zugesprochen wird, so kann A auf Grund dieses Urteils gegen B vollstrecken. Er muß aber diese im Urteil festgestellte Forderung auch abtreten und verpfänden können. Ihm muß eine Möglichkeit gegeben sein, die ihm durch das Urteil zugesprochene Forderung zu erlassen. Diese Möglichkeit muß

17) Kuttner: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses.
18) Vergl. die eingehenden Ausführungen S. 45 dieser Arbeit.

ihm die prozessuale Theorie versagen [19]). Wenn A vor dem Erlaß des Urteils keine Forderung gegen B hatte, so hat er sie durch das unrichtige Urteil nach Ansicht der Prozessualisten auch nicht bekommen. A hat also bestenfalls einen öffentlich-rechtlichen Vollstrekkungsanspruch [20]), aber kein materielles Recht. A kann auch kein Recht abtreten. Gutgläubiger Erwerb durch den Zessionar ist ebenfalls ausgeschlossen. Wenn nun der Zessionar des immer noch forderungslosen Siegers A von dem in Wirklichkeit nichts schuldenden, jedoch zu Unrecht verurteilten B auf Grund der ihm von A abgetretenen Forderung Zahlung verlangt, so kann B ihm entgegenhalten, daß er dem A nichts schulde und daß der Zessionar von A nichts erhalten habe, was einer Forderung gegen ihn, B, auch nur ähnlich sähe. Daß ein solches Ergebnis nicht befriedigt, darf man behaupten.

Krückmann hat ähnliche Fälle zusammengestellt. Auf sie kann daher verwiesen werden [21]).

Daß die Prozessualisten selbst mit der bloßen Unbestreitbarkeit als Urteilswirkung nicht ganz auszukommen glauben, zeigen einige Verlegenheitskonstruktionen.

Seuffert [22]) spricht von einer Reflexwirkung der Urteile auf das durch sie entschiedene Rechtsverhältnis. Er sagt: „Sind die Gerichte an die Entscheidungen gebunden, so ist den Beteiligten die Möglichkeit entzogen, eine abweichende Entscheidung herbeizuführen, folglich ist die Entscheidung auch für die Beteiligten maßgebend; ihre Rechtsverhältnisse sind, soweit von der Entscheidung getroffen, endgültig bestimmt."

Seuffert kann nicht umhin, außerhalb der Unbestreitbarkeit noch Urteilswirkungen auf das der Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis anzuerkennen. Er leugnet den materiellrechtlichen Charakter dieser Wirkungen und bezeichnet sie als bloße Reflexwirkungen. Es hat den Anschein, als ob Seuffert etwas Vorhandenes, das er jedoch nicht als vorhanden anerkennen will, als Reflexwirkung umdeutet. Ob er damit für die Richtigkeit der prozessualen Theorie zeugen kann, ist eine andere Frage.

In gewissem Umfange gilt die Charakteristik der Seuffert'schen Reflexwirkung als Hintertür auch für die von Kuttner [23]) so bezeichneten „privatrechtlichen Nebenwirkungen."

Kuttner [24]) versteht unter den privatrechtlichen Nebenwirkungen

---

19) Heim: a.a.O. S. 250. Krückmann: ZZP 46, 404.
20) Rosenberg: a.a.O. S. 518, 1b.
21) Krückmann: ZZP 46, 405.
22) Seuffert-Walsmann: a.a.O. S. 531, 1.
23) Kuttner: Privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteile.
24) Kuttner: a.a.O. S. 2.

der Urteile diejenigen Fälle, „in denen das Vorhandensein eines Zivilurteils vom bürgerlichen Recht zu einer materiellrechtlichen Tatbestandsvoraussetzung für den Eintritt sekundärer rein zivilistischer Rechtsfolgen gemacht ist."

Inwieweit eine Unterscheidung bei den Urteilswirkungen im Haupt- und Nebenwirkungen am Platze ist, soll später erörtert werden. Hier genügt es, darauf zu verweisen, daß auch Kuttner als Anhänger der prozessualen Theorie materielle Wirkungen — wenn auch in engerem Rahmen und in reichlich spitzfindiger Darstellung — anerkennen muß.

Es darf somit abschließend festgestellt werden, daß sowohl die materiellrechtliche wie die rein prozessuale Rechtskrafttheorie nicht als richtig angesprochen werden dürfen, soweit die materiellen Wirkungen in Rede stehen. Die Materiellrechtler geben ein Zuviel an materiellen Wirkungen, die Prozessualisten ein Zuwenig bezw. ein Nichts. Und doch lassen sich materielle Wirkungen der Zivilurteile nicht leugnen. Sie sehen allerdings anders aus, als bisher von den Anhängern der verschiedenen Theorieen angenommen wurde.

## D. DIE ERMÄCHTIGUNG ALS MATERIELLE URTEILSWIRKUNG.

Materielle Wirkungen haben ohne weiteres die sogenannten Konstitutivurteile. Das Scheidungsurteil vernichtet unbestritten einen bisher bestehenden Rechtszustand und setzt an dessen Stelle einen neuen. Dies ist allgemein anerkannt und bedarf daher keiner weiteren Ausführung.

Der Streit, ob materielle Wirkung oder nicht, tobt dagegen in aller Heftigkeit hinsichtlich der Feststellungs- und Leistungsurteile, deren rein deklaratorischer Charakter mit der überwiegenden Meinung nicht bestritten werden kann.

Wenn A als Nichtgläubiger gegen den Schuldner B aus Darlehn RM 100.— einklagt und als Sieger aus dem Prozeß hervorgeht, so hat er dadurch — wie bei der Darstellung der materiellrechtlichen Theorie schon erwähnt — keine Forderung gegen den B bekommen. A kann aber dennoch nach Rechtskraft des Urteils und zwar rechtswirksam die RM 100.— als Erfüllung entgegennehmen, ohne daß er wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch genommen werden könnte. A kann nunmehr auch einen Gerichtsvollzieher beauftragen, bei dem Schuldner, der trotz des Urteils nicht zahlt, eine Pfändung vorzunehmen, was er vor Erlaß des Urteils zweifelsfrei

nicht konnte. A hat somit nach Erlaß des Urteils und damit auf Grund des Urteils rechtliche Möglichkeiten bekommen, die ihm vorher fehlten. Seine Handlungen haben nunmehr dieselbe Wirkung und dieselbe Kraft, als wenn sie von dem wirklichen Gläubiger vorgenommen würden.

Es liegt nahe, nach ähnlichen Erscheinungen in unserem heutigen Recht zu suchen und nach ihnen diese Wirkung juristisch zu analysieren.

Eine gleiche Möglichkeit gibt zunächst § 409 BGB dem von dem wirklichen Gläubiger als Zessionar bezeichneten Dritten. Wenn A gegen B eine Forderung hat und nunmehr dem B anzeigt, daß er die Forderung an den Zessionar Z abgetreten hat, so kann Z von dem Schuldner B die Leistung verlangen. Das gilt auch für den Fall, daß die von dem Gläubiger dem Schuldner angezeigte Zession nicht wirksam oder überhaupt nicht erfolgt ist, wenn nur die Anzeige von der Abtretung an den Schuldner gelangt ist. Auch hier bleibt, wenn eine Abtretung nicht erfolgt oder wenn sie nichtig ist, die Forderung des Zedenten gegen den Schuldner bestehen. Der Zessionar Z wird nur durch eine wirksame Abtretung Gläubiger, nicht aber durch die bloße Anzeige an den Schuldner. Und dennoch kann der Schuldner mit schuldtilgender Wirkung gegenüber dem wirklichen Gläubiger an den klagenden Zessionar Z leisten. Der angebliche Zessionar wird auf Grund der Anzeige gemäß § 409 BGB als Zessionar behandelt, obgleich er es nicht ist. Eine Zurücknahme der Anzeige ist sogar nur mit Zustimmung dessen möglich, der als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist. (§ 409 Abs. 2 BGB). Daß der angebliche Zessionar in Wirklichkeit keine Forderung erhalten hat, ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus der Fassung der angezogenen gesetzlichen Bestimmung.

Dasselbe besagt § 407 Abs. 1 BGB für den umgekehrten Fall, daß der Zessionar auf Grund einer rechtswirksamen Abtretung wirklicher Gläubiger ist. Ist der Schuldner in Unkenntnis dieser Tatsache, so kann er mit schuldtilgender Wirkung an den Zedenten leisten. Dieser hat gemäß § 407 Abs. 1 BGB — Unkenntnis des Schuldners vorausgesetzt — die rechtliche Möglichkeit, durch Annahme der Leistung das Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem wirklichen Gläubiger (Zessionar) zum Erlöschen zu bringen.

§ 407 Abs. 2 BGB verstärkt diese Wirkung für den Fall, daß bei Unkenntnis des Schuldners von der erfolgten Zession nach der Abtretung der bisherige Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erwirkt. In einem solchen Fall muß der Schuldner sogar trotz nachträglich erlangter Kenntnis von der Abtretung an den

alten Gläubiger mit schuldtilgender Wirkung leisten. Ihrem Wesen nach sind die Vorschriften des § 407 Abs. 1 und 2 BGB als gleichartig anzusehen. Der Nichtgläubiger wird in vollem Umfange als Gläubiger behandelt.

Ein weiteres Beispiel für das rechtswirksame Handeln eines an sich Nichtberechtigten zu ungunsten des wahren Berechtigten bieten die Vorschriften der §§ 932 ff., 1207 ff. BGB.

Der Nichteigentümer kann bei gutem Glauben seines Vertragsgegners diesem das Eigentumsrecht des wahren Eigentümers übertragen, sodaß dieser nunmehr Eigentümer wird. Ebenso kann der Nichteigentümer seinem gutgläubigen Vertragsgegner eine fremde Sache verpfänden. Sein Handeln — obwohl als Nichtberechtigter — hat gemäß § 1207 BGB dieselben Rechtsfolgen, als wären sie von dem Eigentümer herbeigeführt.

§ 793 BGB ordnet an, daß der Schuldner durch Leistung an den zur Verfügung nicht berechtigten Inhaber einer Schuldverschreibung gegenüber dem Berechtigten frei wird. Krückmann[25]) hat diese Fälle, in denen ein Nichtberechtigter dennoch vom Gesetz als Berechtigter behandelt wird, zusammengestellt. Auf die von Krückmann zusammengetragenen Fälle — ungefähr 130 — kann daher verwiesen werden.

Dieselben rechtlichen Möglichkeiten, die die angezogenen Bestimmungen dem Nichtberechtigten geben, überträgt das Urteil dem Prozeßsieger, ganz gleich ob dieser zu Recht oder Unrecht als Sieger hervorgegangen ist.

Allen Fällen ist gemeinsam, daß jemand als etwas anderes behandelt wird, als er in Wirklichkeit ist. Er hat rechtliche Möglichkeiten, die an sich nur dem wirklich Berechtigten zukommen. Damit wäre das Ergebnis beschrieben. Wichtiger jedoch ist, diese rechtlichen Möglichkeiten juristisch zu analysieren.

Wenn dem A zu Unrecht in einem Rechtsstreit eine Forderung von RM 100.— aus Darlehn gegen den Nichtschuldner B zugesprochen wird, so wird er nach Eintritt der Rechtskraft als Gläubiger behandelt. Daran kommt man nicht vorbei. Er hat keine Forderung und kann doch gegen den unterlegenen B vollstrecken und somit eine — seine — Forderung eintreiben wie ein richtiger Gläubiger. A hat also eine Ausübungsmöglichkeit und zwar nicht nur eine tatsächliche, sondern — was das Entscheidende ist — er hat eine rechtliche Möglichkeit, ein Gläubigerrecht auszuüben. Diese Ausübungsmöglichkeit beruht ganz allein auf dem Urteil, das den B zur Leistung verurteilt. Krückmann[26]) hat für diese rechtliche Möglichkeit

25) Vergl. Zusammenstellung in ZZP 47, 3.
26) Krückmann: AcP 139, 1 ff. Die materiellen Urteilswirkungen ZZP 46,

die Bezeichnung „Ermächtigung" geprägt. Mit dieser Bezeichnung ist die wirkliche Lage treffend gekennzeichnet. Der zu Unrecht im Prozeß obsiegende A erhält nicht das Recht selbst, wie die Materiellrechtler behaupten, aber er wird ermächtigt, das ihm zugesprochene Recht auszuüben. Er kann und d a r f es ausüben. Zugleich gibt ihm das Urteil die Legitimation zu seinem Handeln. Diese kann nur auf das dem A günstige Urteil zurückgeführt werden und ist notwendig da, ob das Urteil richtig oder falsch ist. Etwas Anderes kann der forderungslose Prozeßsieger nicht zu seiner Legitimation anführen.

Die Urteilswirkung kann man somit in kürzester Form zum Ausdruck bringen, wenn man sich einer Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches bedient und die Urteilswirkung dahingehend charakterisiert:

Der Prozeßsieger — ganz gleich ob zu Recht oder Unrecht — ist e r m ä c h t i g t, „das ihm im Urteil zugesprochene Recht gegenüber der unterliegenden Partei auszuüben."

Diese Ermächtigung ist kein typisches subjektives Recht, sie ist nur ein tatsächliches und rechtliches Können, das einem subjektiven Recht äußerlich sehr ähnlich sieht, weil es mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils unentziehbar wird wie ein echtes subjektives Recht. Sie bedeutet eine Ausübungsmöglichkeit, die dem Ermächtigten nicht nur gestattet, rein tatsächlich die Handlungen des Berechtigten vorzunehmen, sondern auch die rechtlichen Wirkungen herbeizuführen. Sie ist nicht zugleich ihr eigener Titel wie das echte Recht, vielmehr liegt der Titel außerhalb der Ermächtigung in dem sie gewährenden Urteilsspruch. Das ist die materielle Wirkung eines jeden Feststellungs- und Leistungsurteils, die man auf Seiten der Prozessualisten aus grundsätzlicher Gegnerschaft zur materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie verleugnet und auf Seiten der Materiellrechtler durch eine über das Ziel hinausschießende Wirkung, durch volles Recht, ersetzt hat! Krückmann hat damit die materiellen Urteilswirkungen auf das notwendige und erforderliche Maß zurückgeschraubt.

Die Annahme der Ermächtigung als Urteilswirkung gestattet uns, den grundlegenden Fehler der Materiellrechtler zu vermeiden. Diese materielle Wirkung ist bei jedem Zivilurteil vorhanden, ohne Unterschied, ob der wirkliche Gläubiger oder Nichtgläubiger aus dem Prozeß als Sieger hervorgeht. Dieser wie jener bedürfen der Ermächtigung, um sich in den Formen der Zwangsvollstreckung befriedigen zu können.

Die Wirkung der Ermächtigung ist zunächst einmal materielle Schuldtilgung für den Fall, daß der wirkliche Gläubiger ein obsiegendes Urteil erstritten hat. Er ist jetzt nicht mehr an die Vorschrift

des § 366 BGB gebunden, wonach es im Belieben des Schuldners steht, welche Schuld er mit seiner Leistung tilgen will. An sich unbestreitbar ein materieller Gewinn des Gläubigers. Ist ein Nichtschuldner zur Leistung verurteilt, so hat der Nichtgläubiger nach Rechtskraft des Urteils — wie Krückmann [27]) es ausdrückt — einen titulus retinendi und zwar auf Grund des obsiegenden Urteils. Eine Klage des im Prozeß unterlegenen Nichtschuldners aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 ff. BGB) ist ausgeschlossen. Das Urteil d. h. vielmehr die darin enthaltene Ermächtigung gibt den rechtlichen Grund ab für die Leistung des Schuldners. Was allgemein als „Vollstreckungsmöglichkeit" hingestellt wird, ist nichts anderes als Ermächtigung.

Die Vorzüge der hier vertretenen Auffassung bestehen in Folgendem: Die Tatsache, daß unter Umständen mehrere Rechte konkurrieren, zu deren Annahme die materiellrechtliche Theorie zwangsläufig führen muß, wird vermieden" [28]). Die ängstliche Beschränkung der Urteilswirkung durch die Prozessualisten auf die bloße Unbestreitbarkeit erübrigt sich. Die Ermächtigung ermöglicht die Abstufung der materiellen Urteilswirkungen nach jeder Richtung. Es bereitet keine gedanklichen Schwierigkeiten, sich eine schuldsachen- oder auch familienrechtliche Ermächtigung vorzustellen. Mit der Ermächtigung läßt sich auch der Fall lösen, bei dem die materiellrechtliche Theorie versagt.

Wenn in einem Eigentumsfeststellungsstreit zwischen A und B der Richter durch unrichtiges Erkenntnis dahin entscheidet, daß A seit dem 1. Januar 1931 Eigentümer der umstrittenen Sache sei, so kann — wie schon gesagt — der Richter dadurch niemals den A zum Eigentümer ab 1. Januar 1931 machen, weil ein rückwirkender Eigentumserwerb einfach unmöglich ist. Wohl aber kann nach der hier vertretenen Anschauung der A auf Grund des — wenn auch unrichtigen — Urteils so behandelt werden, als ob er seit dem 1. Januar 1931 Eigentümer sei, ohne irgendeinen Verstoß gegen die Gesetze der Logik zu begehen. Eine Rückwirkung ist in soweit durchaus denkbar.

Mit der Annahme der Ermächtigung vermeidet man auch die anstößigen Wirkungen, die die Richtigkeit der materiellrechtlichen Theorie in familienrechtlichen Streitigkeiten mit sich bringen würde. Die blutschänderische Ehe wird keine vollwirksame Ehe, auch wenn der Richter das Vorliegen der Blutschande verneint und die von einem der Ehegatten oder dem Staatsanwalt erhobene Nichtigkeitsklage infolgedessen abweist. Auf Grund des abweisenden Ur-

27) AcP 139, 86.
28) Krückmann: ZZP 47, 48 ff.

teils werden die Ehegatten nur so behandelt,als ob sie solche seien. Soweit auch diese Wirkung noch anstößig erscheint, läßt sie sich nicht umgehen, und praktisch besteht eine solche Anstößigkeit auch, denn die Ehegatten führen weiterhin trotz der Blutschande das eheliche Leben fort.

Die Auswirkung der Ermächtigung erhellt an einem Vergleich mit der Theorie Pagenstechers.

Wenn der Nichteigentümer A gegen den Eigentümer B mit einer Klage auf Herausgabe der Sache (§ 985 BGB) obsiegt, konstruiert Pagenstecher eine Verpflichtung für A und B, sich so behandeln zu lassen, als sei A Eigentümer entsprechend dem Urteilsinhalt. Richtig ist, daß A und B so behandelt werden, als seien sie Eigentümer oder Nichteigentümer. M. a. W.: Pagenstecher behauptet eine Verpflichtung, sich so behandeln zu lassen, als ob . . . . . Nach der hier vertretenen Auffassung werden die Parteien unmittelbar so behandelt, als ob . . . . . .

Unter dem Gesichtspunkt der Ermächtigung bekommt auch der Streit um die Stellung des vollstreckenden Gläubigers zu dem Gerichtsvollzieher ein anderes Gesicht.

Noch heute ist es nahezu unbestritten, daß das rechtskräftige Urteil dem Sieger lediglich einen öffentlichrechtlichen Vollstrekkungsanspruch zur Seite gibt[29]). Man verneint jeden privatrechtlichen Einschlag dieser Befugnis. Man wehrt sich mit aller Entschiedenheit dagegen, daß der Auftrag des vollstreckenden Gläubigers an den Gerichtsvollzieher privatrechtlichen Charakter habe, und kennzeichnet die Erklärung des Gläubigers als öffentlichrechtlichen Antrag. Alles nur, um nicht materielle Urteilswirkungen anerkennen zu müssen. Vollstreckungsmöglichkeit ist aber in Wirklichkeit nichts anderes als Ermächtigung[30]). Der Prozeßsieger ist durch den Urteilsspruch des Gerichts ermächtigt, dem Gerichtsvollzieher einen öffentlichrechtlich und zivilrechtlich bindenden Auftrag zu geben. Eine klare Scheidung zwischen privatrechtlichem Auftrag und öffentlichrechtlichem Antrag mag an sich wünschenswert sein. Das darf jedoch keinesfalls dazu führen, in der Welt der Tatsachen den Dingen Gewalt anzutun und etwas unter allen Umständen in eine der beiden Gruppen zu zwängen, wenn es in Wirklichkeit zwischen beiden steht und als gemischte Erscheinung angesehen werden muß. Die Regelung in der ZPO läßt jedenfalls nur den Schluß zu, einen öffentlich-rechtlich und zivilrechtlich gemischten Auftrag der Partei an den Gerichtsvollzieher anzunehmen, wenn man einer zwanglosen Konstruktion den Vorzug geben

29) Rosenberg: a.a.O. S. 518, 1b.
30) Krückmann: AcP 139, 85 ff.

will. Zudem spricht die ZPO selbst mehrfach von einem Auftrag der Parteien an den Gerichtsvollzieher (vergl. z. B. §§ 753, 754, 755 und 766 Abs. 2 ZPO). Aus § 754 ZPO ergeben sich zwangsläufig materielle Wirkungen. Auf Grund des § 754 ZPO darf der beauftragte Gerichtsvollzieher Zahlungen des Schuldners entgegennehmen und über das Empfangene quittieren. Leistet der Schuldner an den Gerichtsvollzieher, so erfüllt er mit schuldtilgender Wirkung seine Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber. Die Wirkungen seiner Leistung sind in nichts anders, als wenn der Schuldner an irgendeinen andern Vertreter des Gläubigers zahlen würde. In dem öffentlichrechtlich und zivilrechtlich bindenden Auftrag erteilt der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher eben auch eine zivilrechtliche Vollmacht. Das ist so leicht vorstellbar, daß der Versuch, den § 754 ZPO wegen des Ausdrucks „Beauftragung" berichtigend auszulegen [31]), schwer verständlich ist.

Zum Beweise der Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung mögen in diesem Zusammenhang noch die Bestimmungen der §§ 229, 230 Abs. 2 BGB gestreift werden. Hat der Nichteigentümer A gegen den Eigentümer B mit Erfolg auf Herausgabe einer Sache geklagt, (§ 985 BGB) und kommt er zufällig hinzu, als B die Sache zerstören will, so kann er sie ihm mit Gewalt wegnehmen, falls auch im übrigen die Voraussetzungen des § 229 BGB gegeben sind. Er muß sodann entweder die Zwangsvollstreckung erwirken oder den dinglichen Arrest beantragen. (§ 230 Abs. 2 BGB). A hat in einem solchen Falle der Zwangsvollstreckung vorgegriffen auf Grund des einseitigen Vollstreckungsrechts, das ihm § 229 BGB zur Hand gibt.

Um ein solches handelt es sich, wie denn auch der Umfang dieser erlaubten Selbsthilfe nicht weiter reicht als die Befugnis des Vollstreckungsbeamten, für den Gläubiger dieselben Handlungen vorzunehmen [32]). Die im § 229 BGB enthaltene Ermächtigung ist zweifelsfrei privatrechtlicher Natur. Wird ein dinglicher Arrest erlassen, so bleibt die materielle Wirkung auch in diesem Falle dieselbe. Die Form allerdings ist öffentlichrechtlich. Dies läßt den Schluß zu, daß es bei der eigentlichen Zwangsvollstreckung nicht anders ist, denn was von der Vorbereitung der Vollstreckung gilt, muß von dieser selbst erst recht gelten. Die Wirkungen all dieser Maßnahmen — der Selbsthilfe des § 229 BGB, des dinglichen Arrestes und der Vollstreckung — sind materiellrechtlich. Was sich ändern kann, ist lediglich die Form. Sie kann privatrechtlich (§ 229 BGB) sein, aber auch öffentlichrechtlich.

31) Stein-Jonas: a.a.O. § 754.
32) RGRK I 352—; RG Str. 33, 248.

Daß Kuttner[33]) als ausgesprochener Anhänger der prozessualen Rechtskrafttheorie jeden materiellrechtlichen Charakter des Urteils im Hinblick auf die Vollstreckbarkeit leugnet, ist um so unverständlicher, als er in den Fällen der Zwangsvollstreckung in besonderer Form diesen materiellrechtlichen Charakter zugeben muß. Das gilt z. B. für den Fall, daß Kuttner[34]) in dem Anfechtungsrecht des Gläubigers auf Grund des § 2 Anf.Ges. einen subsidiären Weg der Zwangsvollstreckung sieht. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob dieser § 2 Anf.Ges. überhaupt einen Fall der Vollstreckung betrifft oder nicht. Folgt man jedoch Kuttner, so liegt die Frage nahe, warum der gewöhnliche Weg der Zwangsvollstreckung nicht ebenfalls auf einer materiellen Urteilswirkung beruht. Die bloße Tatsache, daß eine Vollstreckung in den Formen des Anfechtungsrechts nicht den Regelfall einer zwangsweisen Befriedigung des Gläubigers bildet, kann allein nicht den verschiedenen rechtlichen Charakter dieser beiden Formen der Zwangsvollstreckung rechtfertigen.

## E. ERMÄCHTIGUNG UND PRIVATRECHTLICHE NEBENWIRKUNGEN DER ZIVILURTEILE.

Die Ermächtigung als materielle Urteilswirkung macht es fernerhin möglich, den Kuttner'schen Fehler zu vermeiden, materiellrechtliche Wirkungen dort, wo sie positiv-rechtlich vorhanden sind, als Nebenwirkungen zu bezeichnen.

Was Kuttner unter diesen materiellrechtlichen Nebenwirkungen verstanden wissen will, soll mit seinen eigenen Worten gesagt werden:

„In vielen Fällen knüpft das bürgerliche Recht bestimmte privatrechtliche Rechtsfolgen nicht an den im Urteil abgeurteilten Privatrechtszustand, sondern an die bloße Tatsache, daß ein Urteil bestimmten Inhalts erlassen worden ist. Hier treten in unmittelbarer Anknüpfung an die Existenz des Urteils die Privatrechtswirkungen ein, die ganz außerhalb der Sphäre des abgeurteilten Prozeßstoffes liegen und die weder das Ziel der Klage noch den Gegenstand der Urteilsfindung bildeten“ [35]).

Die Kuttner'schen Nebenwirkungen sind in der prozeßrechtlichen Literatur vielfach unter der Bezeichnung „Tatbestandswirkungen“

---

33) Kuttner, Nebenwirkungen.
34) a.a.O. S. 49.
35) Kuttner: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses.

oder „Reflexwirkungen" übernommen worden, und nur sie bezeichnet man allgemein als materielle Wirkungen [36]).

Wenn der Beweis erbracht werden kann, daß sie sich von den Hauptwirkungen nicht oder aber nur in ganz unwesentlichem Maße unterscheiden, so dürfte es schwer fallen, den Hauptwirkungen zu versagen, was für die Nebenwirkungen billig ist.

Kuttner gliedert die verschiedenen Nebenwirkungen nach einheitlichen Gesichtspunkten [37]).

Seine Gliederung wird für die folgende Darstellung übernommen. Zwar können im Rahmen dieser Arbeit nicht alle Fälle, sondern nur, wenn ich mich so ausdrücken darf, die Schulbeispiele seiner Untergruppen Berücksichtigung finden.

Kuttner [38]) führt zunächst Urteile an, die als materiellrechtliche Tatbestandsvoraussetzung für neue zivilistische Ansprüche unter den Prozeßparteien in Frage kommen.

Wenn der siegreiche Kläger erster Instanz in der zweiten unterliegt, so hat der Beklagte gegen ihn gemäß § 717 Abs. 2 ZPO einen Schadensersatzanspruch, wobei naturgemäß vorauszusetzen ist, daß dem Beklagten durch Vollstreckungsmaßnahmen des Prozeßsiegers in erster Instanz ein Schaden entstanden ist. Kuttner stützt diesen Ersatzanspruch allein auf die Tatsache der Existenz des aufhebenden Urteils als eines anspruchsbegründenden Tatbestandsmoments [39]).

Zugegeben, daß die von Kuttner kritisierten Auffassungen, wonach der Ersatzanspruch auf die objektive Widerrechtlichkeit ihrer Vornahme [40]) oder auf das bloße Vorgehen des Vollstreckungsgläubigers zu stützen ist [41]), in ihrer praktischen Auswirkung Mängel zeigen, so ist die Auffassung Kuttners dennoch — vorsichtig ausgedrückt — ungenau. Nicht die Tatsache der Aufhebung des Urteils erster Instanz ist Tatbestandsmoment für den Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO, sondern das nachträgliche Wegfallen der Ermächtigung, die dem Sieger in erster Instanz durch das Urteil gegeben war. M. a. W.: Nicht die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, sondern die Aufhebung der in dem Urteil enthaltenen Ermächtigung ist für den Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO Bedingung. Das aufhebende Urteil ist die äußere Form, in der das Wegfallen der Ermächtigung in Erscheinung tritt. Der § 717 ZPO betrifft einen Fall der Versicherungshaftung kraft Gesetzes. Das Gesetz sagt:

36) Vergl. Wach, Hellwig, Stein u. a.
37) Kuttner: a.a.O. S. 9 ff.
38) Kuttner: Nebenwirkungen S. 15 ff.
39) Kuttner: a.a.O. S. 20.
40) Vergl. Görres, Dernburg, Seuffert u. a.
41) RG in JW 1906 S. 719 Nr. 20.

„Du darfst, aber Du mußt den Gegener versichern für den Fall, daß die einseitige Erlaubnis nicht endgültig wird." Dieser Versicherungshaftung des vollstreckenden Gläubigers entspricht auf der anderen Seite die Ermächtigung zur Vornahme der Zwangsvollstrekkung. Die Frage einer subjektiven oder objektiven Rechtswidrigkeit scheidet in diesem Zusammenhang völlig aus. Die Vornahme der Zwangsvollstreckung ist durch die dem siegreichen Gläubiger erteilte Ermächtigung gedeckt, kann also nicht rechtswidrig sein. Kuttner stellt es so dar, als sei die Aufhebung des früheren Urteils die materiellrechtliche Kausa für den auf Grund des aufhebenden Urteils entstehenden Schadensersatzanspruch. In Wirklichkeit ist dies jedoch nur Bedingung der Ausübung des Rechts, Schadensersatz zu verlangen. Der Schadensersatzanspruch für die siegreiche Partei in zweiter Instanz entsteht kraft gesetzlicher Vorschrift schon im Zeitpunkt der Vornahme der Zwangsvollstreckung durch den Sieger in erster Instanz. Durch die Aufhebung des Urteils in zweiter Instanz erfährt der erstinstanzliche Sieger eine solche Behandlung, als habe er nie eine Ermächtigung aus diesem Urteil gehabt. Kuttner hätte durch die von ihm falsch aufgefaßte Bestimmung des § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf den richtigen Weg geführt werden müssen [42]). Wenn nämlich der Schadensersatzanspruch sofort in dem noch anhängigen Rechtsstreit geltend gemacht wird, so wird seine Rechtshängigkeit auf den früheren Zeitpunkt der Entstehung des Schadens zurückdatiert. Kuttner bezeichnet dies als besondere Fiktion. Dabei ist dies ganz natürlich, wenn man die oben vertretene Auffassung zugrunde legt. Der Schadensersatzanspruch entsteht durch das Gesetz sofort mit der Entstehung des Schadens. Die Aufhebung der bisher noch für den Sieger erster Instanz bestehenden Ermächtigung ist Bedingung nicht für die Entstehung, sondern nur für die Ausübung des Schadensersatzanspruchs. Es lag somit für den Gesetzgeber nahe, den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Entstehung des geltendgemachten Anspruchs zurückzuverlegen. Ebenso unrichtig ist die Behandlung der Fälle der §§ 541 Abs. 2, 529 Abs. 3 ZPO durch Kuttner [43]). Dasselbe gilt aber auch für den von Kuttner ausführlich behandelten Fall des § 945 ZPO.

Auch hier handelt es sich um gesetzliche Versicherungshaftung.

Auch hier entsteht der Schadensersatzanspruch gegen den Arrestsucher im Zeitpunkt der Vollziehung des Arrestes bezw. der Entstehung des Schadens. Das aufhebende Urteil ist auch hier nur Bedingung für die Rechtsausübung des Arrestgegners. Es gibt dem

---

42) Kuttner, a.a.O.
43) Kuttner, a.a.O. S. 27 ff.

Arrestgegner erst die Ermächtigung, an den Arrestsucher mit Schadensersatzansprüchen heranzutreten. Bis zu diesem Zeitpunkt war der Arrestsucher durch die ihm zugesprochene Ermächtigung vor der Inanspruchnahme durch den geschädigten Arrestgegner geschützt.

Damit ändert sich auch gar nichts an den Folgen, um deretwillen Kuttner vor allem diese materielle Wirkung der Tatsache herausarbeitet, daß ein Urteil ergangen ist, wonach der Arrest für unbegründet erklärt wird.

Jeder Dritte muß auch hier gegen sich gelten lassen, daß die Bedingung für die Geltendmachung des Schadens eingetreten ist und daß nunmehr der Arrestgegner einen Ersatzanspruch gegen den Arrestsucher hat. Der Eintritt der Bedingung ist eine Tatsache, die als solche von niemandem bestritten werden kann. Es bereitet insoweit keine gedanklichen Schwierigkeiten, sich die dem Gläubiger auf Grund des aufhebenden Urteils wieder entzogene Ermächtigung als materielles Tatbestandsmoment mit Wirkung für und gegen alle vorzustellen. Der Dritte könnte allenfalls sagen, diese Tatsache geht mich nichts an, sie kann meine Rechtsverhältnisse in keiner Form beeinflussen. Dies geltend zu machen, ist ihm jedoch auf Grund der Vorschrift des § 945 ZPO verwehrt. Der Gesetzgeber hat in diesem Falle eine solche Bindung für zweckmäßig gehalten im Gegensatz zu den gewöhnlichen in ihrer Wirkung gemäß § 322 ZPO zu beurteilenden richterlichen Entscheidungen, nicht aber wollte er dem Arrestgegner durch dieses Urteil an sich mehr an Wirkungen geben als in sonstigen Fällen.

Man darf also für die erste Gruppe der Kuttner'schen Nebenwirkungen feststellen, daß das Urteil für den in erster Instanz siegreichen Gläubiger die Entziehung der ihm vorher erteilten Ermächtigung im Gefolge hat. Diese Entziehung löst die Versicherungshaftung aus und stellt die Bedingung für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches dar. An sich haben diese Urteile keine andere Wirkung als jedes gewöhnliche Feststellungs- oder Leistungsurteil.

Es wäre nun noch zu untersuchen, ob diese neuen Ansprüche, wie Kuttner behauptet, gar nicht Gegenstand des abgeurteilten Prozesses gewesen sind. Sie sind es sicher im Falle des § 717 Abs. 2, Satz 2 ZPO, wenn nämlich der Ersatzanspruch zugleich in dem anhängigen Verfahren geltend gemacht wird. Im übrigen kann man Kuttner zustimmen, wenn man als Gegenstand des Prozesses das ansieht, was § 322 ZPO als solchen bezeichnet. Insoweit fallen die Ansprüche aus § 717 Abs. 2 ZPO nicht unter das, worüber im aufhebenden Urteil entschieden ist. Das beweist nichts anderes, als daß Rechtskraftwirkung und materielle Urteilswirkung nicht als

identisch angesehen werden dürfen. Es geht nicht an, daraus zu folgern, daß es sich dann bei den z. B. im § 717 Abs. 2 ZPO aufgeführten Wirkungen um „Neben"-Wirkungen handelt. Die Wirkung dieser Urteile ist wie bei allen aufhebenden Entscheidungen die Entziehung einer vorher erteilten Ermächtigung. Diese Entziehung wiederum läßt ebenfalls eine gesetzliche Versicherungshaftung wirksam werden, nicht aber ist letztere eine Wirkung des Urteils.

Wenn Kuttner [44]) die Unterhaltsansprüche der §§ 1578 bis 1582 und § 1608 Abs. 2 BGB darin begründet sieht, daß durch Urteil eine Ehe für aufgelöst bezw. für nichtig erklärt ist, so ist ihm auch hierin nicht zuzustimmen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob das auflösende oder die Ehe für nichtig erklärende Urteil Bedingung für das Unterhaltsrecht selbst oder aber nur für die Ausübung dieses Rechtes ist. Richtig dürfte auch hier sein, daß das Unterhaltsrecht schon mit der Eingehung der Ehe entsteht. Es nimmt nur andere Form und anderen Umfang an. Dies Unterhaltsrecht in der besonderen Form geltend zu machen, ist der nichtschuldige Ehegatte erst dann ermächtigt, wenn die Ehe durch richterliches Erkenntnis — ohne Unterschied ob zu Recht oder zu Unrecht — geschieden und der andere Teil für allein schuldig erklärt worden ist. Der berechtigte Ehegatte darf sein Recht nicht verloren haben. Diese Urteile geben also entgegen der Ansicht Kuttners dem Prozeßsieger auch kein neues Recht, sondern sie sind Voraussetzung dafür, daß das schon bestehende Recht neue Form und neuen Umfang annimmt. Sie geben dem berechtigten Ehegatten eine andere Ausübungsmöglichkeit. Sie unterscheiden sich in ihren eigentlichen Wirkungen in nichts von denen anderer Urteile gleicher Art.

Daß ein Urteil materiellrechtliche Tatbestandsvoraussetzung für neue zivilistische Ansprüche gegen Dritte sein kann, will Kuttner aus der Bestimmung des § 775 Ziffer 4 BGB entnehmen. Diese Bestimmung gibt — vorsichtig ausgedrückt — dem im Prozeß mit dem Gläubiger unterlegenen Bürgen das Recht, nun seinerseits von dem Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft zu verlangen. Nach der Ansicht Kuttners soll das Urteil als solches dem unterlegenen Bürgen ein völlig neues Recht geben, dessen Kausa allein das das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen entscheidende Urteil sein soll [45]). Kuttner macht auch hier die oben erwähnten Fehler. Einmal gibt das Urteil im Prozeß: Gläubiger gegen Bürgen diesem nicht erst das Recht. Dieses hatte der Bürge vielmehr schon, als er sich im Auftrag oder ohne einen solchen als auftragsloser Ge-

44) Kuttner, a.a.O.
45) Kuttner, a.a.O. S. 37 Ziff. 2.

schäftsführer für den Hauptschuldner verbürgte. Kuttner selbst war der richtigen Ansicht sehr nahe, wenn er ausführt, daß „an und für sich dem Bürgen kraft des zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Mandatsverhältnisses gemäß § 670 BGB in Verbindung mit § 257 BGB das Recht gegen den Hauptschuldner zustehen würde, schon vor seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger jederzeit Befreiung von der Bürgschaft zu verlangen."

Kuttner hätte nur statt „würde" den Indikativ setzen sollen. Dem Bürgen fehlt nämlich bis zum Erlaß des den Rechtsstreit zwischen ihm und dem Gläubiger beendenden Urteil nicht das Recht selbst, sondern es fehlt bis zu diesem Zeitpunkt nur an der Fälligkeit des Rechts. § 775 Ziff. 4 BGB bestimmt an sich nur den Zeitpunkt, von wann an der Bürge sein Recht gegen den Hauptschuldner geltend machen kann. Dieser Zeitpunkt ist mit Erlaß des Urteils zwischen Bürgen und Gläubiger eingetreten. Es erhält der Bürge durch das Urteil daher kein volles Recht, sondern das Recht, das ihm schon vorher zustand, wird nunmehr fällig.

Kuttner hält seine Ansicht insbesondere wegen der praktischen Vorzüge, die sie im Gefolge habe, für richtig. Seine Ansicht ermögliche es, daß dem vom Bürgen auf Befreiung von der Bürgschaft verklagten Hauptschuldner der Einwand versagt sei, der Bürge sei im Prozeß mit dem Gläubiger zu Unrecht unterlegen. Daß der in Anspruch genommene (§ 775 BGB) Hauptschuldner einen solchen Einwand nicht mit Erfolg geltend machen kann, ist Kuttner ohne weiteres zuzugeben. Nur läßt die oben vertretene Auffassung dasselbe Frgebnis zu. Das Urteil, das den Bürgen zur Zahlung an den Gläubiger verurteilt, macht die Forderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner fällig. Diese Fälligkeit wird durch die bloße Tatsache, daß ein Urteil ergangen ist, ausgelöst. Daß der Bürge zur Zahlung an den Gläubiger verurteilt ist, kann der Hauptschuldner nicht bestreiten. Daß er unter Umständen zu Unrecht verurteilt worden ist, ist ohne Bedeutung, da § 775 BGB mit der einfachen Tatsache der Verurteilung des Bürgen die Fälligkeit eintreten läßt. Das Urteil des § 775 BGB schafft aber kein neues Recht, es verschafft dem bestehenden Recht nur die Eigenschaft der Fälligkeit.

Daß es sich bei der Wirkung eines Urteils im Hinblick auf die Bestimmung des § 775 Ziff. 4 BGB nicht um eine Rechtskraftwirkung, sondern um etwas ganz anderes handelt, kann Kuttner zugestanden werden.

Lehrreich ist der von Kuttner in derselben Untergruppe wie der Fall des § 775 Ziff. 4 BGB behandelte § 2 Anfechtungsgesetz.

Wir wollen es dahingestellt sein lassen, ob der § 2 Anfechtungsgesetz einen Anspruch erst nach erfolgter Anfechtung [46]) oder sogleich beim Vorliegen eines vollstreckbaren Schuldtitels in Verbindung mit den übrigen Voraussetzungen des § 2 Anf.Ges. gibt [47]). Von Bedeutung ist, falls man mit der herrschenden Lehre das Anfechtungsrecht des § 2 Anf.Ges. als Anspruch im Sinne des § 241 BGB auffaßt, lediglich die Frage, welche Rolle der Vollstreckungstitel für das Anfechtungsrecht spielt. Kuttner polemisiert gegen die Auffassung [48]), wonach der Vollstreckungstitel das Bestehen eines materiellrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner feststelle und auf jeden Fall als neuer selbständiger Entstehungsgrund für die darin festgestelte Forderung gewertet werden müsse.

Die Kritik dieser Lehre von seiten Kuttners ist überzeugend. Vor allem spricht § 10 Anf.Ges. gegen eine solche Annahme, da nach dieser Bestimmung ein Anfechtungsrecht auch dann schon begründet ist, wenn ein nur vorläufig vollstreckbares, also noch nicht rechtskräftiges Urteil vorliegt. Die kritisierte Lehre dürfte ein nicht rechtskräftiges Urteil jedoch nicht als vollstreckbaren Schuldtitel im Sinne des § 2 Anf.Ges. ansprechen.

Mit Kuttner ist auch die Ansicht Otto's abzulehnen [49]), wonach dem Titel eine beweislaständernde Bedeutung zuzuschreiben wäre, weil ein Urteil niemals Beweismittel sein kann. Bewiesen werden können nur Tatsachen, also allenfalls die Tatsache, daß ein Urteil ergangen ist und daß der Prozeßsieger auf Grund dieses Urteils eine Ermächtigung bekommen hat. Das Urteil kann aber niemals Beweismittel dafür sein, worauf es Otto augenscheinlich ankommt, nämlich daß die in dem Urteil behaupteten Rechtsfolgen auch wirklich vor Erlaß des Urteils schon eingetreten sind.

Bernhardi und Jäger [50]) behandeln den vollstreckbaren Schuldtitel als bloße Zulässigkeitsvoraussetzung. Nach Jäger ist „das Dasein eines befriedigungsbedürftigen Anspruchs wider den exequendus für Entstehung, Dauer und Umfang der Anfechtungsverbindlichkeit maßgebend." Diese Auffassung führt zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß der Anfechtungsgegner jede beliebige Einwendung gegen den vollstreckbaren Schuldtitel mit Erfolg vorbringen kann.

---

46) Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte, S. 379 ff.
Crome: System I, S. 352 ff.
Fitting: Konkursrecht S. 217 ff.
47) Jäger: Gläubigeranfechtung, S. 33—36, 54—63, 102—105.
Langheineken: Anspruch und Einrede S. 115 ff.
RGZ 44, 94; 58, 47.
48) So vor allem die Anhänger der materiellrechtlichen Theorie.
49) Otto: Anfechtung von Rechtshandlungen S. 238.
50) Bernhardi: Anfechtungsgesetz, S. 11 ff.
Jäger: Gläubigeranfechtung § 2, Anm. 37.

Der Grund für dieses Fehlergebnis liegt letzten Endes darin, daß Jäger Rechtskraftwirkung und materielle Urteilswirkung verselbigt. Jäger verneint mit Recht eine Erstreckung der Rechtskraftwirkung auf den Anfechtungsgegner. Sie ist auch durch § 322 ZPO ohne weiteres ausgeschlossen. Für Jäger ist der Anfechtungsgegner somit an das Ergebnis des Rechtsstreits zwischen Gläubiger und Schuldner in keiner Weise gebunden, weil er Rechtskraftwirkung und materielle Urteilswirkung nicht von einander trennt. § 2 Anf.Ges. bindet den Anfechtungsgegner auch tatsächlich nicht an die Rechtskraft, wohl aber wird er nach dieser Bestimmung von der materiellen Urteilswirkung betroffen.

Das bedeutet jedoch nicht, daß nunmehr die Ansicht Kuttners als zutreffend anzusehen sei. Kuttners Ergebnis, der Anfechtungsgegner könne nicht geltend machen, daß der vollstreckbare Schuldtitel ergangen sei, ist richtig. Der Weg, der ihn zu diesem Ergebnis führt, ist die Behauptung, daß der vollstreckbare Schuldtitel materiellrechtliches Tatbestandsmerkmal für das Anfechtungsrecht des Gläubigers gemäß § 2 Anf.Ges.[51]) sei. Kuttner ist weiterhin der Ansicht, daß das Anfechtungsrecht ein „Hilfsmittel der Exekution, ein Akzessorium des Vollstreckungsanspruchs ist, dem er als ein subsidiärer materiellrechtlicher Weg zur Zwangsbefriedigung angegliedert ist." Wenn man das als richtig unterstellt, fragt man sich, warum für den eigentlichen Vollstreckungsanspruch nicht dasselbe gelten soll wie für das Anfechtungsrecht. Wenn der „subsidiäre Weg" zur Zwangsbefriedigung mit seiner Rückwirkung auf Dritte materiellrechtlichen Charakter hat, warum soll dann nicht der ordentliche Weg zur Zwangsbefriedigung mit seiner Wirkung auf seinen unmittelbaren Gegner denselben Charakter haben? Dann hätte das gewöhnliche Urteil für den Vollstreckungsanspruch dieselbe materielle Wirkung wie der vollstreckbare Schuldtitel für das Anfechtungsrecht des Gläubigers aus § 2 Anf.Ges. Damit würde Kuttner bei einer ausgesprochen materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie angelangt sein.

Kuttner muß also in diesem Falle ebenfalls mehr an materiellrechtlicher Wirkung geben als erforderlich. Er gibt volles Recht, wo eine Ermächtigung genügen würde. Es ist schon richtig, wenn Kuttner das Anfechtungsrecht als subsidiären Weg zur Zwangsbefriedigung bezeichnet. Das Urteil gibt außer dem regelmäßigen Vollstreckungsanspruch auch noch ein Anfechtungsrecht, falls ein Vermögensstück, das früher dem Exequendus gehörte, sich jetzt im Besitz eines Dritten befindet und falls die Zwangsvollstreckung in

---

51) Kuttner: a.a.O. S. 50 ff.

das Vermögen des Schuldners ergebnislos verlaufen ist — von den anderen Voraussetzungen sei in diesem Zusammenhang abgesehen —.

Das obsiegende Urteil gibt dem Gläubiger in Verbindung mit § 2 Anf.Ges. die Ermächtigung, sich aus dem Vermögen eines Dritten, des Anfechtungsgegners, zu befriedigen. Das Urteil hat daher für das Anfechtungsrecht gegen den Dritten keine andere juristische Bedeutung als wie für den Vollstreckungsanspruch gegen den im Prozeß unterlegenen Gegner. In beiden Fällen eine Ermächtigung und nichts mehr. § 2 Anf.Ges. hat lediglich die Bedeutung, daß er den Dritten, der sich im Besitz einer dem Schuldner gehörigen Sache befindet, der Ermächtigung des Prozeßsiegers unterwirft. Faßt man, wie es hier geschieht, das Vorliegen eines vollstreckbaren Schuldtitels als das Vorhandensein einer im Urteil steckenden Ermächtigung auf, so ergibt sich aus § 2 Anf.Ges. ohne Schwierigkeit, daß dem Anfechtungsgegner der Einwand abgeschnitten ist, das Urteil zwischen Gläubiger und Schuldner sei unrichtig, weil der Schuldner in Wirklichkeit nichts schulde.

Kuttner hätte somit auch durch den von ihm angezogenen § 2 Anf.Ges. und auf Grund der von ihm dieser Bestimmung beigelegten Bedeutung zu der Erkenntnis geführt werden müssen, daß das Anfechtungsrecht nicht stärker auf dem Urteil basiert als der gewöhnliche Vollstreckungsanspruch und daß das Urteil demnach für beide Möglichkeiten der Zwangsbefriedigung dieselbe juristische Bedeutung haben müsse.

In diesem Zusammenhang erwähnt Kuttner auch die Fälle des § 72 ZPO, die von Wach und Hellwig als Belege für eine Tatbestandswirkung des Urteils angesehen werden. Kuttner vertritt den Standpunkt, daß weder eine Rechtskraftwirkung noch eine materiellrechtliche Nebenwirkung in seinem Sinne vorliegt. Als Begründung führt er an, daß in diesen Fällen das Rückgriffsrecht nicht durch das Urteil erzeugt werde, sondern in außerprozessualen Tatumständen begründet sei, die ganz unabhängig von dem Erlaß des Urteils seien. Dies trifft zu, gilt aber ebenso für den von Kuttner anders beurteilten Fall des § 775 BGB. Daß in dem letzteren die von Kuttner hervorgehobenen Folgerungen eintreten — z. B. daß der Inanspruchgenommene nicht die Unrichtigkeit des voraufgegangenen Urteils behaupten kann —, liegt nicht daran, daß das Urteil für die rechtlichen Möglichkeiten des § 775 BGB anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal ist, sondern daran, weil diese Bestimmung die einfache Tatsache genügen läßt, daß durch das ergangene Urteil eine Hemmung der Ausübung weggefallen ist. Für den Fall des § 72 ZPO fehlt eine entsprechende Bestimmung gesetzlicher Art.

Besonders deutlich ergibt sich die falsche Auffassung Kuttners an Hand der Fälle, in denen er das Urteil als materiellrechtliche Tatbestandsvoraussetzung für neue zivilistische Gestaltungsrechte bezeichnet, die durch einfache Willenserklärung vollzogen werden. Als Beispiele zieht Kuttner die Fälle der §§ 283 und 1003 BGB heran.

Wenn A gegen B einen Anspruch auf Lieferung einer Kuh hat und B durch richterliches Erkenntnis zur Leistung verurteilt ist, so kann A nunmehr dem B eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung setzen mit der weiteren Erklärung, daß er nach Ablauf dieser Frist die Annahme der Leistung ablehne. A hat nach fruchtlosem Fristablauf das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 283 BGB). In diesem Falle besteht kein Zweifel, daß entgegen der Ansicht Kuttners dieses Recht nicht im Urteil, sondern schon in dem durch das Urteil entschiedenen und ihm zugrundeliegenden Rechtsverhältnis begründet ist. Aus diesem erwächst die Berechtigung des A, von B Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Krückmann[52]) hat Kuttner schon darauf hingewiesen, daß seine Auffassung gegen die obersten Kausalvorstellungen verstoße und daß in Wirklichkeit bei Abschluß des Vertrages der Leistungsanspruch rechtsunbedingt und der Ersatzanspruch rechtsbedingt entstehe. Der Ersatzanspruch ist kein neuer Anspruch in der Form, daß er nach Erlaß eines Urteils in Verbindung mit den übrigen Voraussetzungen an Stelle des Leistungsanspruchs entsteht und dem Schuldner eine neue Verpflichtung auferlegt. Vielmehr liegt ein Vergleich mit dem auf Seite 21 dieser Arbeit erwähnten Unterhaltsrecht nahe. Die alte Forderung des Gläubigers hat, wenn die Erfordernisse des § 283 BGB gegeben sind, eine andere Form und einen anderen Umfang angenommen. Das ist alles. Für diese inhaltliche Änderung des Anspruchs ist ein Urteil Bedingung. Nur unter den Voraussetzungen des § 283 BGB kann der Gläubiger seinen alten Anspruch in neuer Form geltend machen. Das Urteil ist Bedingung für die Ausübung des Rechts in seinem neuen Umfang.

Der von Kuttner als mit § 283 BGB in einer Linie liegend behandelte Fall des § 1003 BGB wird von ihm falsch aufgefaßt. Zunächst gibt § 1003 BGB dem Besitzer nur eine erleichterte Form der Befriedigung. Das ist der Hauptzweck dieser Bestimmung, ein grundsätzliches Befriedigungsrecht des Besitzers liegt dem § 1003 BGB. allerdings zugrunde, macht aber nicht sein Wesen aus. Aber selbst bei dieser abgeänderten Form — Erleichterung der Befriedigung statt Befriedigung selbst — geht die Kuttner'sche Annahme, das erleichterte Befriedigungsrecht entstehe erst durch das Urteil, fehl.

52) a.a.O. ZZP 47, 13 ff.

Sie steht in geradem Gegensatz zu der gesetzlichen Bestimmung.

Wenn Kuttner behauptet, daß das den Betrag der Verwendungen feststellende Urteil in Verbindung mit einer abermaligen fruchtlosen Fristsetzung zur Genehmigung der Verwendungen die materiellrechtliche Tatbestandsvoraussetzung für die Entstehung des Rechts auf Befriedigung aus der Sache selbst bildet, so würdigt er die Bestimmung des § 1003 BGB nicht in gebührendem Maße[53]).

Nach dieser Bestimmung hat grundsätzlich der Besitzer ein erleichtertes Befriedigungsrecht aus der Sache, wenn er den Eigentümer der Sache aufgefordert hat, die Verwendungen binnen einer angemessenen Frist zu genehmigen und wenn dieser der Aufforderung nicht rechtzeitig nachgekommen ist. § 1003 BGB macht im Absatz 2 nur für den Fall eine Ausnahme, daß der Eigentümer nicht nur nicht genehmigt, sondern dazu noch den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen bestreitet. Diese Tatsache des Bestreitens von seiten des Eigentümers vernichtet aber nicht das an sich gemäß § 1003 BGB bestehende Befriedigungsrecht des Besitzers, sodaß es erst durch das Feststellungsurteil wieder neu ersteht, sondern in diesem Fall ist das Feststellungsurteil lediglich Voraussetzung für den Besitzer, um sich in erleichterter Form befriedigen zu können. Das Urteil ermächtigt ihn zu diesem Handeln. Hier zeigt sich, wie sehr Kuttner das Gemeinsame der Haupt- und Nebenwirkungen hätte herausarbeiten müssen, anstatt zwangsweise einen Unterschied — hier prozessuale Wirkungen, dort materielle Wirkungen — unter Verstoß gegen alle Gesetze der Kausalität herauszukonstruieren. Die Wirkung des Urteils im Falle des § 1003 Abs. 2 BGB entspricht nämlich bis ins Kleinste der Wirkung eines gewöhnlichen Urteils.

Wenn A gegen B einen Anspruch von RM 1000.— aus Darlehn hat und aus dem Prozesse mit B als Sieger hervorgeht, hat A auch nicht einen Anspruch auf Grund des Urteils auf Zahlung von RM 1000.— bekommen, denn diesen hatte er schon seit Begründung des Darlehnsvertrages. Wohl aber mußte er im Wege der Klage gegen B vorgehen, weil dieser den Anspruch bestritten hat; ebenso muß der Besitzer im Wege der Klage gegen den Eigentümer auf Grund des § 1003 Abs. 2 BGB vorgehen. Der siegreiche A hat durch das Urteil die Ermächtigung bekommen, sich über das Bestreiten des B hinwegzusetzen und sich im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen. In gleicher Weise bekommt der siegreiche Besitzer auf Grund des § 1003 Abs. 2 BGB die Ermächtigung, sich über das Bestreiten des Eigentümers hinwegzusetzen und sich selbst in der erleichterten Form zu befriedigen. Daß die Befriedigung ein-

---

53) Kuttner, a.a.O. S. 58 ff.

mal im Wege der Zwangsvollstreckung, zum anderen Male nach den Regeln des Pfandverkaufs erfolgt, vermag naturgemäß die Wirkung des Urteils nicht zu ändern. Diese ist in beiden Fällen dieselbe, Ermächtigung zur Rechtsausübung.

Dasselbe gilt für die nächste Gruppe der Kuttner'schen Nebenwirkungen, die sich von den zuletzt besprochenen nur dadurch unterscheiden, daß das auf einem Urteil beruhende zivilistische Gestaltungsrecht statt durch eine einfache Willenserklärung des Berechtigten durch Konstitutivurteil vollzogen wird.

Das trifft zunächst für das Scheidungsrecht eines Ehegatten wegen böslicher Verlassung zu. Das Scheidungsrecht entsteht auch hier schon mit dem böslichen Verlassen. Nur die Ausübung seines Rechts ist dem berechtigten Ehegatten bis nach einem Jahr seit dem Erlaß des Urteils, das auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens erkennt, entzogen. Ähnliches wäre für die Fälle der Sequestration zu sagen, falls man mit Kuttner annimmt, daß dieses Recht nur durch nachfolgende Klage ausgeübt werden kann.

Ähnlich gelagert ist der Fall des § 1576 BGB.

Kuttner sieht hier die materiellrechtliche Grundlage für das Scheidungsrecht in dem Urteil, das auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt hat. Dies ist umso unverständlicher, als Kuttner in seinen weiteren Ausführungen selbst[54]) sagt, daß die Bestimmung des § 1576 BGB lediglich auf Antrag der Zentrumspartei mit besonderer Rücksicht auf katholische Eheleute eingeführt worden ist, um ihnen anstatt der Scheidung die im kanonischen Recht allein zugelassene Trennung von Tisch und Bett zu ermöglichen. Aus der von Kuttner gewählten Formulierung „anstatt der Scheidung" geht doch deutlich hervor, daß die Eheleute schon damals statt auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf Scheidung hätten klagen können. Das besagt § 1575 BGB auch ausdrücklich. § 1576 BGB bestimmt nun lediglich, daß dieses Recht nicht, wie man vielleicht erwarten könnte, durch das Urteil, welches auf die beantragte Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt hat, verbraucht wird. Diese Maßnahme des Gesetzgebers erklärt sich einfach daraus, daß er eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als einen Notbehelf ansieht und dieser an sich eine klare und reinliche Lösung durch die Scheidung vorzieht. § 1576 BGB sagt also nicht, wie Kuttner annimmt: Mit Erlaß des Aufhebungsurteils entsteht ein neues Scheidungsrecht, sondern: Trotz des Urteils bleibt das von Anfang an begründete Scheidungsrecht bestehen. Da die Gründe für das Scheidungsrecht dieselben sind und waren wie für

54) Kuttner, a.a.O. S. 76.

das Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, rechtfertigt sich die Bestimmung des § 1576 BGB. Ob die Kuttner'sche Annahme, daß der auf Scheidung klagende Ehegatte sich nicht mehr auf die in den §§ 1565—1569 BGB aufgeführten Gründe stützen kann, richtig ist, kann man bezweifeln. Diese Ansicht könnte allerdings aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten gerechtfertigt erscheinen. § 1576 Abs. 2 BGB ist aber entgegen der Ansicht Kuttners kein Beweis. Daß das Scheidungsrecht nicht mehr durch Verzeihung erlöschen kann, läßt sich zwanglos damit erklären, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft praktisch einer Scheidung gleichkommt und daß eine nachträgliche Verzeihung an dem neugeschaffenen Rechtszustand nichts mehr ändern kann. Im übrigen ist eine Verzeihung in den Formen der Wiederherstellung des ehelichen Lebens ein Umstand, der das Scheidungsrecht erlöschen läßt (§ 1576 Abs. 1 BGB). Aber selbst die Kuttnersche Annahme als richtig unterstellt, ergibt sich doch nichts anderes, als daß das Aufhebungsurteil den Ehegatten eine Ermächtigung gibt, nunmehr — gestützt auf eben dieses Aufhebungsurteil — die Scheidung zu verlangen. Das Scheidungsrecht selbst ist außerprozessual begründet. Die Sachlage ist hier an sich nicht anders, als wenn ein Vermieter zunächst Klage auf Feststellung des Mietverhältnisses erhebt, später mit einer Leistungsklage Zahlung des Mietzinses verlangt und zur Begründung dieses letzteren Anspruchs nicht mehr das Bestehen des Mietverhältnisses nachweist, sondern sich statt dessen auf das voraufgegangene Feststellungsurteil beruft.

Zweifel könnten jedoch für den von Kuttner erwähnten Fall entstehen, daß ein Ehegatte auf Grund des § 1576 BGB Scheidung verlangen kann, obwohl er es vorher nur dann konnte, wenn der andere Ehegatte auf seinem begründeten Recht beharrte, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verlangen. In diesem Fall liegt die Vermutung nahe, daß das Recht dieses Ehegatten doch nur auf dem Aufhebungsurteil beruhe, da es vorher nicht bestand. Dennoch ist auch in diesem Falle die Ansicht Kuttners unrichtig. Soviel ist richtig: Wenn der auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu klagen berechtigte Ehegatte die Klage zurücknimmt, erlischt das Scheidungsrecht des anderen Ehegatten. Aber auch § 1576 BGB gibt ihm für diesen Fall kein selbständiges Scheidungsrecht. § 1576 BGB gibt es ihm ja nur in dem Falle, daß der berechtigte Ehegatte ein Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erwirkt hat, also gerade für den Fall, für den es der nichtberechtigte Ehegatte gemäß § 1575 Abs. 1 BGB schon vor dem Erlaß des Urteils hatte. Beharrt der Ehegatte, der siegreich auf Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft geklagt hat, nach Erlaß des Urteils nicht mehr auf der

Aufhebung, nimmt er z. B. das eheliche Leben wieder auf, so erlischt nach § 1576 BGB das Scheidungsrecht des ursprünglich Nichtberechtigten. Auch ihm gibt daher § 1576 BGB kein Recht, das er nicht schon vorher hatte. Das ergibt sich zudem deutlich aus der Bestimmung des § 1575 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auf Grund dieser Bestimmung kann der ursprünglich Nichtberechtigte schon vor Erlaß des Aufhebungsurteils Scheidung beantragen, wenn der berechtigte Ehegatte Klage auf Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft erhoben hat und wenn diese Klage begründet ist. Dies Scheidungsrecht des Nichtberechtigten entsteht rechtsbedingt schon sofort mit Abschluß der Ehe, ist eine Wirkung der Ehe. Das Recht ist aber einstweilen noch virtuell, es wird erst aktualisiert, wenn der andere Ehegatte — wenn auch mit Recht — die eheliche Lebensgemeinschaft verweigert.

Diese Verweigerung der Lebensgemeinschaft ist die materiellrechtliche Grundlage für das nunmehr aktualisierte Scheidungsrecht, nicht aber das Urteil. Nur bei dieser Betrachtungsweise wahren wir die Kausalität.

Dasselbe ist für die Fälle zu sagen, denen Kutter die Wirkung beilegt, bestehende Privatrechtsverhältnisse erlöschen zu lassen oder abzuändern. In keinem der von ihm angezogenen Fälle wird dem Gegner auf Grund des Urteils ein Recht entzogen. Entzogen wird ihm immer nur die Ausübung seines Rechts.

Wenn der Besitzer z. B. gegen den eigenmächtigen Störer die Besitzschutzansprüche geltend macht und dieser nun ein unrichtiges Urteil vorweist, demzufolge er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzzustandes verlangen kann, so nimmt der Störer nicht dem Besitzer die possessorischen Ansprüche, sondern nur die Möglichkeit, sie auszuüben. Die possessorischen Ansprüche sind sofort mit der Vornahme der Störung entstanden. Das dem Störer günstige Urteil ändert gerade nach der Ansicht der Prozessualisten und damit Kuttners nichts an der wirklichen Rechtslage. Der Störer ist also trotz des Urteils, wonach er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzzustandes verlangen kann, Störer geblieben. Der Besitzer muß daher auch zwangsläufig seine Besitzschutzansprüche noch haben. Das Urteil hat dem Störer nur die Ermächtigung gegeben, sich über diese Ansprüche des Besitzers hinwegzusetzen, sie als nicht bestehend zu behandeln. Es hat auf der anderen Seite dem Besitzer die Ausübungsmöglichkeit seines Rechts genommen. Etwas anderes ist hier genau so wenig mit dem Wesen eines Urteils zu vereinbaren wie in sonstigen Fällen, wo Kuttner selbst ebenfalls jede materielle Wirkung im Sinne Kohlers und Pagenstechers verneint.

Abschließend mag noch der von den Vertretern sowohl der materiellrechtlichen wie auch der prozessualen Rechtskrafttheorie viel erörterte Fall des § 129 HGB gestreift werden. Kuttner sagt wörtlich: U. E. kommt im § 129 Abs. 1 HGB nur eine privatrechtliche Nebenwirkung (Reflexwirkung) des gegen die Gesellschaft ergehenden Urteils gegenüber dem einzelnen Gesellschafter in Betracht. Das zwischen Gläubiger und Gesellschaft ergehende Urteil löst hier als ein materiellrechtliches Tatbestandsmoment genau ebenso wie einer der sonstigen materiellrechtlichen Tatbestände (Anerkenntnis usw.) eine vom Gesetz besonders angeordnete materiellrechtliche Nebenwirkung aus."

Unterstellen wir nun einmal folgende Möglichkeit:

Ein Gesellschaftsgläubiger klagt gegen die Gesellschaft auf Zahlung von RM 1000.—, weil er in dieser Höhe der Gesellschaft ein Darlehn gegeben habe. Der Gläubiger hat diese Schuld der Gesellschaft erlassen, und letztere behauptet dies auch im Prozeß. Trotzdem verurteilt der Richter die Gesellschaft zur Zahlung, weil ein Erlaß nicht vorliege. Nach Ansicht der Prozessualisten und somit auch nach Ansicht Kuttners hat der Gläubiger trotz seines obsiegenden Urteils keine Forderung oder irgendeine materielle Berechtigung gegen die Gesellschaft erhalten. Diese kann noch immer behaupten, daß sie nichts schulde, weil die Schuld von dem Gläubiger erlassen sei. Nur im Prozeß wird sie damit nicht gehört. Nehmen wir weiter an, daß der Gläubiger nunmehr dieselbe Forderung gegen einen Gesellschafter einklagt und daß dieser sich im Prozeß ebenfalls auf den Erlaßvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschaftsgläubiger beruft. Der Gesellschafter wird mit dieser Einwendung nicht mehr gehört. (§ 129 HGB). Nach Kuttner wird er jedoch nicht deshalb nicht mehr gehört, weil die Gesellschaft die Einwendung nicht mehr erheben kann, sondern weil er sie materiell nicht mehr hat. Die Tatsache, daß zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger ein Urteil ergangen ist, obwohl mit Recht ein Erlaß behauptet wurde, hat nach Kuttners Auffassung zur Folge, daß dem einzelnen Gesellschafter die Einwendung materiell genommen wird .

Das bedeutet, daß nach der von Kuttner für richtig gehaltenen Lehre das Urteil, das zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschaftsgläubiger ergangen ist, dem Gesellschafter als Dritten gegenüber stärkere Wirkungen aufweist als gegenüber den Prozeßparteien. Für diese hat es nur prozessuale Wirkungen, dem als Dritten anzusehenden Gesellschafter nimmt es jedoch eine materielle Berechtigung, zeitigt also für ihn materielle Wirkungen.

Ein solch widerspruchsvolles Ergebnis darf keinen Anspruch auf Richtigkeit erheben, auch nicht wenn Kuttner zur Begründung seiner

Ansicht auf die strenge Akzessorietät der Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschafter und Gläubiger zu dem Rechtsverhältnis Gesellschaft und Gläubiger verweist. Die strengste Akzessorietät kann in ihren Wirkungen doch höchstens bis an die Grenze der Identität führen, niemals aber kann das akzessorische Verhältnis stärkere Wirkungen haben als das Hauptverhältnis.

Kuttner gibt dem am Prozeß gar nicht beteiligten Gesellschafter gegenüber volles Recht, wo eine Ermächtigung ausgereicht hätte. Auf der anderen Seite soll der Sieger der Gesellschaft als der unterlegenen Prozeßpartei gegenüber nichts an materieller Wirkung bekommen haben. In Wahrheit hat der obsiegende Gesellschaftsgläubiger in beiden Fällen eine Ermächtigung bekommen. Er ist ermächtigt, sowohl Gesellschaft wie Gesellschafter trotz der bestehengebliebenen Einwendung als Schuldner zu behandeln. Seine Ermächtigung dem Gesellschafter gegenüber beruht auf dem Urteil in Verbindung mit der Bestimmung des § 129 HGB. Dem Gesellschafter ist ebenso wie der Gesellschaft auf Grund dieser Bestimmung die Möglichkeit genommen, sich rechtswirksam auf die Einwendung des Erlaßvertrages zu berufen. Das Urteil in Verbindung mit der Vorschrift des § 129 HGB nimmt dem Gesellschafter aber nicht etwas, was der Gesellschaft geblieben ist, nämlich die Einwendung selbst.

Durch dies Ergebnis wird die von Kuttner behauptete Akzessorietät der Rechtsbeziehungen: Gesellschaft — Gesellschafter nicht nur nicht angetastet, sondern im Gegenteil klar herausgestellt.

Abschließend darf somit festgestellt werden, daß die sogenannten Nebenwirkungen materiellrechtlichen Charakters sich in nichts von den gewöhnlichen materiellen Wirkungen der Zivilurteile unterscheiden. Sie sind vor allem nicht stärker als letztere.

Es mag nun noch kurz geprüft werden, ob diese Wirkungen zu Recht von Kuttner nur als „Nebenwirkungen" bezeichnet werden. M. E. fehlt hierzu jede Berechtigung. Eine solche kann auch nicht darauf gestützt werden, daß nicht jedes Urteil diese Wirkungen hat, oder darauf, daß einzelne Urteile für bestimmte Rechtsverhältnisse noch besondere Befugnisse auslösen. Der von Krückmann [55]) vorgeschlagene Ausdruck „Sonderwirkungen" erscheint nach Lage der Sache angebrachter, falls man überhaupt unterscheiden will. Nebenwirkungen sind die Urteilswirkungen höchstens da, wo sie für Rechtsverhältnisse von Bedeutung sind, die zur Zeit der Urteilsverkündung schon bestehen. Krückmann [56]) erwähnt in diesem Zusammenhang den Fall, daß das Urteil kraft Parteivereinbarung auf eine Abmachung zwischen Schadensversicherer und Versicherungsnehmer

55) ZZP 47, 3 ff.
56) a.a.O.

einwirkt. Vielleicht könnte man auch die Wirkung eines zwischen Gläubiger und Bürgen ergangenen Urteils im Hinblick auf die Bestimmung des § 775 Ziffer 4 BGB als solche bezeichnen. Jedoch ist die Bezeichnung einer Wirkung nicht von entscheidender Bedeutung. Ausschlaggebend ist nur, die Art dieser Wirkungen zu erkennen.

Wer, wie es hier geschieht, als materielle Wirkung eines jeden Feststellungs- oder Leistungsurteils die Ermächtigung ansieht, ist der Sorge enthoben, zwischen rein prozessualen Hauptwirkungen und materiellrechtlichen Nebenwirkungen zu unterscheiden.

## F. DIE ERMÄCHTIGUNG IM VERHÄLTNIS ZU DEN RECHTSKRAFTTHEORIEEN VON BOETTICHER, GOLDSCHMIDT, LENT, HENLE, SEUFFERT, COESTER UND SAUER.

Bevor die Brauchbarkeit dieser Ansicht in ihrer praktischen Auswirkung gezeigt wird, mögen noch kurz die Ansicht Boettichers und einige der von ihm angezogenen Theorieen in ihrem Verhältnis zu der hier vertretenen Anschauung gestreift werden. Allen diesen Theorieen der letzten Zeit ist gemeinsam, daß sie erkannt haben, daß nur rein prozessuale Wirkungen der Zivilurteile mit den tatsächlichen Verhältnissen in augenscheinlichem Widerspruch stehen und daß sie versuchen, neben der prozessualen Wirkung der Rechtskraft auch noch materiellrechtliche Wirkungen der Zivilurteile nachzuweisen.

Boetticher selbst hat in seinen „Kritischen Beiträgen zur Lehre von der materiellen Rechtskraft" den Grundsatz des „ne bis in idem" als Wesen der Rechtskraft herausgestellt. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Ansicht interessiert hier nicht, insoweit es sich um das Institut der materiellen Rechtskraft handelt.

Lehrreich ist jedoch seine Erkenntnis gelegentlich einer Polemik gegen Heim, daß eine prozessuale Betrachtung der Rechtskraft nicht ausschließt, dennoch materielle Wirkungen anzuerkennen[57]). Nur verwahrt er sich dagegen, diese materiellen Wirkungen als den letzten Grund dafür anzusehen, daß der spätere Richter in gleicher Sache nicht anders entscheiden darf als der Vorderrichter. Eine solche Beweisführung liegt für die Materiellrechtler nahe, denn wenn das durch das Urteil entschiedene Rechtsverhältnis durch eben dieses Urteil so gestaltet wird, wie in dem richterlichen Erkenntnis behauptet, so bleibt dem späteren Richter allerdings keine andere Möglich-

57) Boetticher, a.a.O. S. 102/103.

lichkeit als zu entscheiden wie der erste Richter, wenn er richtig entscheiden will. Wenn in dieser Arbeit materielle Wirkungen der Zivilurteile anerkannt werden, so werden sie, wie in der Einführung schon betont, streng geschieden von den Rechtskraftwirkungen. Materielle Wirkungen sind bereits vor Eintritt der materiellen Rechtskraft da; als Beweis dafür können die vorläufig vollstreckbaren Urteile angezogen werden. Die materiellen Wirkungen werden durch den Eintritt der materiellen Rechtskraft nicht erst geschaffen, sondern nur verstärkt. Boetticher[58]) sagt dasselbe mit den Worten: (Die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels)..... ändert nichts an der Tatsache, daß es (das Urteil) mit dem Augenblick seines Erlasses gilt und Rechtswirkungen entwickelt. Alles, was wir bezüglich dieser seiner unzweifelhaften Geltung sagen können, ist dies, daß die Dauer dieser Geltung noch nicht verbürgt, daß noch keine Endgültigkeit gewährleistet ist."

Der Vorwurf Boettichers[59]), daß die streitenden Parteien das Wesen der Rechtskraft verkennen, trifft für die hier vertretene Ansicht nicht zu, da hier materielle Urteilswirkung und Rechtskraftwirkung nicht als identisch angesehen werden.

Die in dieser Hinsicht als materielle Urteilswirkung herausgestellte Ermächtigung ist nicht der Grund, weshalb der Richter in einem späteren Prozesse, in dem über die gleiche Rechtslage entschieden werden soll, nicht anders entscheiden darf bezw. kann als der Vorderrichter. Sie kann es nicht sein, da das Urteil nach der hier vertretenen Ansicht die Rechtslage nicht dem Urteilsausspruch entsprechend gestaltet.

Die Gebundenheit des späteren Richters an die frühere Entscheidung beruht auf einer öffentlichrechtlichen Vorschrift, obwohl an sich eine solche Bindung auch eine Folgeerscheinung der von den Materiellrechtlern behaupteten Rechtsgestaltung durch das frühere Urteil sein könnte. Das Verbot der anderweitigen Entscheidung an den in gleicher Sache noch einmal entscheidenden Richter ist prozessual, das Gebot an die Parteien materiell. Beides verträgt sich miteinander.

Nach Goldschmidt ist „Rechtskraft die gerichtliche Geltung eines Anspruchs als rechtlich begründet oder unbegründet, insbesondere bei den Leistungsurteilen die Wirkung, daß ein Imperativ des Klägers an den Beklagten gerichtlich als ein dem Kläger zur Verfügung gestellter rechtlicher Imperativ oder als unberechtigte Anmaßung gilt" [60]). Mit Recht macht Boetticher[61]) darauf auf-

58) a.a.O. S. 15.
59) a.a.O. S. 96 ff.
60) Goldschmidt, a.a.O. S. 212.
61) a.a.O. S. 91.

merksam, daß sich die von Goldschmidt als Urteilswirkung behauptete Geltung „von einer materiellrechtlichen Betrachtungsweise der Rechtskraft entsprechenden Geltung nur dadurch unterscheidet, daß sie eine „gerichtliche", eine auf die interne Sphäre des Rechtspflegeverfahrens beschränkte Geltung des zu- oder aberkannten Anspruchs als rechtlich begründet oder unbegründet bedeutet. Vor Gericht habe die dem Kläger aberkannte Forderung keine Geltung mehr".

Man könnte Boettichers Ausführungen hinzufügen, daß nach Goldschmidt die dem Kläger zu Unrecht zuerkannte Forderung nur vor einem Gericht Geltung besitze.

Daß dies zu eng gefaßt ist, daß diese Geltung des Richterspruchs auch außerhalb eines Prozesses Platz greifen muß, dürfte ernstlich nicht bestritten werden können. Wenn der zu Unrecht verurteilte Nichtschuldner nach Erlaß des Urteils freiwillig — d. h. ohne Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers abzuwarten — an diesen zahlt, so ist diese Zahlung als Erfüllung anzusehen. Goldschmidt müßte anders entscheiden, denn für ihn ist der Gläubiger nur als solcher und nur vor einem Gericht und von einem Gericht zu behandeln. Außergerichtlich wäre er nicht Gläubiger geblieben, sodaß der freiwillig leistende Schuldner an einen Nichtgläubiger gezahlt hätte. Wollte der Schuldner daraufhin kondizieren, so würde im Kondiktionsprozeß der Nichtgläubiger wieder als Gläubiger behandelt und die Leistung des Schuldners als Erfüllung beurteilt. Die Ansicht Goldschmidts nötigt zu umständlichen Konstruktionen, die nicht für die Richtigkeit dieser Anschauung sprechen.

Lent[62]) kommt gelegentlich einer Erörterung der Rechtsnatur der Einrede der Rechtskraft zu einem Ergebnis, das sich vom Standpunkt der hier vertretenen Theorie ohne Schwierigkeiten ergibt, jedoch mit der von Lent selbst vertretenen prozessualen Theorie kaum vereinbar erscheint.

„Die Einrede der Rechtskraft ist ihrer Begründung nach ein prozessualer Rechtsbehelf ....; ihrer Wirkung, ihren Zielen nach dagegen ist sie ein materieller Rechtsbehelf, insofern sie ein materielles Recht behauptet und ein materielles Recht (des Gegners) bekämpft ..."

In diesen Worten liegt nicht mehr und nicht weniger, als daß die Rechtskraft nach Ansicht Lents der obsiegenden Partei gestattet, sich als Inhaber eines Rechts behandeln zu lassen, bezw. dem unterlegenen Gegner verwehrt, sein vielleicht in Wirklichkeit bestehendes Recht auszuüben. M. a. W.: Der obsiegende Kläger erhält eine Er-

62) Lent, a.a.O. II, 314.

mächtigung, und die unterlegene Partei hat die dem Sieger erteilte Ermächtigung zu respektieren.

Henle[63]) als Anhänger der prozessualen Rechtskrafttheorie behauptet mit folgender Begründung materielle Wirkungen eines rechtskräftigen Zivilurteils. Nach seiner Ansicht ist die Klagbefugnis ein wesentlicher Bestandteil eines jeden subjektiven Rechts. Die Klagbefugnis verliert der zu Unrecht mit seiner Forderung rechtskräftig abgewiesene Gläubiger. Daraus ergibt sich für Henle zwangsläufig eine materielle Wirkung.

Die herrschende Ansicht würde Henle entgegenhalten, daß der unterlegene Kläger seine Klagbefugnis durch das abweisende Urteil nicht verliere, sondern lediglich nochmals abgewiesen werde. Dennoch hat Henle richtig beobachtet. Der unterlegene Kläger hat sein Recht behalten, vermag es aber nicht durchzusetzen. Seinem Recht steht die Ermächtigung des siegreichen Schuldners gegenüber, sich als Nichtschuldner behandeln zu lassen. Daß Recht und Ermächtigung verschiedenen Personen zustehen, ist ein Ausnahmefall wie das unrichtige Urteil selbst.

Den von Seuffert[64]) so benannten Reflexwirkungen liegt ebenfalls die Beobachtung zu Grunde, daß der unterlegene Gläubiger trotz des bestehengebliebenen Rechts nichts von dem Schuldner verlangen kann. Anders kann man seine Worte: — .... so ist den Parteien die Möglichkeit entzogen, eine abweichende Entscheidung herbeizuführen; folglich ist die Entscheidung auch für die Beteiligten maßgebend (a.a.O. S. 9 dieser Arbeit) — nicht auffassen. Der ganze Unterschied der Lehre Seufferts von der hier vertretenen Auffassung besteht darin, daß hier unmittelbar dem Urteil materielle Wirkungen zuerkannt werden, während Seuffert im Ergebnis dieselben Wirkungen anerkennt, sie aber nur als Begleiterscheinung der Rechtskraftwirkung, als bloße Reflexwirkung ansieht. Er hat an die Stelle einer natürlich wirkenden Auffassung seiner prozessualen Rechtskrafttheorie zuliebe eine Künstelei treten lassen[65]). Seine Reflexwirkungen sind eine Verlegenheitskonstruktion, die nicht gegegen die hier vertretene Ansicht zeugen kann.

Coester[66]) hätte auf Grund seiner Ausführungen zu der hier vertretenen Anschauung hingeführt werden müssen. Wenn er sagt: Die besondere Inhaltswirkung, die wir materielle

63) Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1926, Allgem. Teil S. 334 ff.
64) Seuffert-Walsmann, a.a.O. S. 531.
65) Vergl. auch Sauer, a.a.O. S. 666: Reflexwirkungen treten nicht zwischen den durch die materielle Rechtskraft verbundenen Personen ein, sondern sind nur die unmittelbaren Rechtsfolgen der durch die materielle Rechtskraft geschaffene Rechtslage.
66) Robert Coester: Die Rechtskraft der Staatsakte S. 59.

Rechtskraft nennen, besteht darin, daß der Unterlegene dem Prozeßgegner gegenüber das Recht zur ferneren Geltendmachung des aberkannten materiellen Rechts verliert. Das materiell-rechtskräftige Urteil beeinflußt die Rechtslage zwischen den Parteien wie der Eintritt der Verjährung." Das ist ohne weiteres richtig für den Fall, daß ein Gläubiger trotz bestehender Forderung im Prozeß abgewiesen wird. Coester unterläßt es aber, für diese Tatsache die juristische Analyse zu geben. Warum kann der Gläubiger nicht mehr gegen den Schuldner vorgehen?, Warum braucht der Schuldner, gestützt auf das Urteil, nicht mehr zu zahlen? Doch nur, weil ihm eine Ermächtigung gegeben wird, auf Grund deren er als Nichtschuldner behandelt wird. Das ist der wahre Grund für die von Coester richtig gesehenen Wirkungen. Wenn er sie als etwas Materielles bezeichnet, darf man ihm ohne weiteres darin beipflichten.

Sauer nimmt als Rechtskraftwirkung eine konkrete Rechtsgestaltung an [67]).

Er sagt: Rechtskraft der Entscheidung ist rechtsgestaltende Kraft der Entscheidung, die rechtskräftige Entscheidung projiziert die abstrakten Rechtsnormen auf einen Ausschnitt aus den konkreten Lebensverhältnissen." Eine solche Projektion der abstrakten Rechtsnormen auf die konkreten Lebensverhältnisse hat schon früher, z. B. mit Abschluß des Vertrages zwischen den Parteien, stattgefunden und zwar durch die Parteien selbst. Was Sauer meint, ist die abschließende Gestaltung, die vom Richter durch das den Rechtsstreit abschließende Urteil vorgenommen wird. Denn Lebenstoff gestalten sowohl Privatleute wie Richter.

Mit diesem allgemeinen Begriff der Konkretisierung ist aber im Rahmen dieser Arbeit zu wenig gesagt. Die Konkretisierung macht nach Sauer das Wesen der Rechtskraft aus. Das hier behandelte Thema ist auf die Urteilswirkungen abgestellt, die — wie schon früher betont — von dem Wesen und den Wirkungen der Rechtskraft zu scheiden sind. Wir müssen also fragen, welche Wirkungen die Konkretisierung für die Parteien im Gefolge hat. Die Konkretisierung wirkt sich für den erfolgreichen Kläger in der Form aus, daß er rechtswirksam als Gläubiger auftreten und die Leistung des Schuldners mit schuldtilgender Wirkung entgegennehmen oder einseitig beitreiben kann. Die konkrete Gestaltung berechtigt den Prozeßsieger zu einem Tun, das ihm vorher verwehrt war. Er muß somit eine Ermächtigung bekommen haben.

Ermächtigung bedeutet nach dem oben Gesagten nicht mehr als „rechtliche Ausübungsmöglichkeit". Eine solche Ausübungsmöglich-

---

67) Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts S. 249 ff.

keit erkennt Sauer selbst an, wenn er sagt: „Es wird für den Einzelnen im konkreten Fall die Möglichkeit geschaffen, sein abstraktes Recht auszuüben."

Ist das Urteil unrichtig, so liegt der Gegensatz zwischen konkreter Rechtslage und Rechtsordnung nicht nur, wie Sauer meint, in der Betrachtung, sondern er bleibt in Wirklichkeit bestehen. Die Differenz von unrichtigem Urteil und wirklicher Rechtslage wird nicht überbrückt, sondern ist weiterhin vorhanden. Der siegreiche Nichteigentümer bleibt trotz des Urteils Nichteigentümer. Die Ermächtigung als Urteilswirkung soll nicht das Recht bezw. Nichtrecht ersetzen, sondern sie läuft selbständig neben diesem her. Der Eigentümer, der aus § 985 BGB klagt und aus dem Rechtsstreit siegreich hervorgeht, erhält auf Grund seines obsiegenden Urteils neben seinem Eigentumsrecht, das er schon vor Erlaß des Urteils hatte, die Ermächtigung, sich einseitig zu befriedigen. Nach Sauer bringt diesen neuen Rechtsbegriff „schon die fragwürdige Funktion, zwischen Recht und Unrecht zu vermitteln, eine Zwischenstufe von Nichtrecht und Recht zu schaffen, in Mißkredit." M. E. kommt man an einer solchen Zwischenstufe nicht vorbei. Der obsiegende Nichtgläubiger hat kein Recht bekommen, aber dennoch kann er auf Grund des Urteils alles tun, was ein richtiger Gläubiger vornehmen kann. Es bleibt keine andere Wahl als anzunehmen, daß es Zwischenstufen in Form einer Ermächtigung gibt und daß unser geltendes Recht diese Ermächtigung kennt. Die Ermächtigungsordnung ist auch eine Rechtsordnung. Eine solche Annahme liegt umso näher, als dem BGB der Ausdruck „Ermächtigung" nicht fremd ist (§ 783 BGB).

Ob die „eigenartige spezifisch prozeßrechtliche Erscheinung der Rechtskraft" mit einem solchen Begriff zum Ausdruck gebracht werden kann[68]), mag dahingestellt bleiben, da diese Arbeit nicht auf eine Erklärung des Wesens der Rechtskraft abzielt, sondern die von dieser scharf zu trennenden materiellen Urteilswirkungen aufzuzeigen und nachzuweisen versucht.

Diese Theorie teilt nicht die Schattenseite der meisten materiellen Theorien, indem sie nur eine Erklärung für den Fall unrichtiger Urteile gibt.

Auch der Eigentümer bekommt erst durch das obsiegende Urteil die Möglichkeit, sich als solcher in den Formen der Zwangsvollstreckung zu befriedigen. Ihm wird auch nicht an Stelle seines vollen Rechts ein „Rechtsschein", eine Zwischenstufe von Recht und Nichtrecht, gegeben, sondern er bekommt zu seinem Recht noch die richterliche Ermächtigung hinzu. Diese Ermächtigung bekommt der obsiegende Gläubiger auch dann, wenn der

68) Sauer, a.a.O. S. 248.

Schuldner zur Leistung außerstande, wenn die Leistung dem Schuldner unmöglich ist[69]). Die Tatsache, daß die Leistung unmöglich ist, läßt die Ausübungsmöglichkeit ebensowenig hinfällig werden wie das Recht selbst. Unter Ermächtigung verstehen wir nicht die tatsächliche, sondern die rechtliche Ausübungsmöglichkeit. Daß endlich ein urteilsmäßiges Gewähren der Ausübungsmöglichkeit dann nicht in Frage kommt, wenn der Schuldner anerkennt und es infolgedessen nicht zu einem Rechtsstreit kommt, kann Sauer zugestanden werden.

Wie nahe Sauer der hier vertretenen Ansicht kommt, wird deutlich[70]), wenn er sagt: sie (die materielle Rechtskraft) konkretisiert (gestaltet) das objektive Recht, ohne sich aber (wie nach der materiellrechtlichen Theorie) an dessen Stelle setzen zu wollen. Die Folge ist: rechtliche (nicht bloß tatsächliche) Geltung der Entscheidungsnorm.

Daß die Rechtsgestaltung für die siegreiche Partei die Erteilung einer Ermächtigung im Gefolge hat und sich in der Form einer Ermächtigung auf die Parteien auswirkt, wäre alles, was den Worten Sauers vom Standpunkt der hier vertretenen Anschauung noch hinzugefügt werden könnte. Wenn Sauer auf Seite 277 feststellt: „Das alte Rechtsverhältnis ist nicht erloschen, die wahre dem objektiven Recht entsprechende Rechtslage besteht nach wie vor weiter; das nützt aber den Beteiligten in praxi nicht, sie haben sich zueinander so zu verhalten, wie wenn das Urteil richtig wäre", so ist das ein Ergebnis, das sich zwanglos mit der hier vertretenen Auffassung vereinbaren läßt.

Sauer erörtert das Wesen der materiellen Rechtskraft sowohl im Rahmen des Zivil- wie auch Strafprozesses und beweist die gleichartige Struktur der Rechtskraft in beiden Fällen. Im Rahmen dieser Arbeit kann die strafprozessuale Seite unerörtert bleiben. Es soll dennoch kurz herausgestellt werden, daß die Ermächtigung als Urteilswirkung auch beim Strafurteil zum Vorschein kommt. Nur ist sie hier naturgemäß nicht privatrechtlicher Art. Ermächtigung ist rechtliches Können und Dürfen. Ein solches Können kann ebensogut privatrechtlicher wie öffentlichrechtlicher Natur sein. Die Ermächtigung ist keinesfalls als rein privatrechtliche Schablone anzusehen. Die Urteilswirkung beim Strafurteil besteht darin, daß der Verurteilte als Dieb, Beleidiger und Mörder je nach dem Urteilsinhalt behandelt wird. § 190 StGB erlaubt selbst Dritten, den Verurteilten als Dieb oder Mörder zu bezeichnen. Das Urteil nimmt dem Verurteilten die Möglichkeit, den Dritten wegen übler Nach-

69) a. A. Sauer a.a.O. S. 249.
70) Sauer a.a.O. S. 665.

rede zur Rechenschaft zu ziehen. Sauer bezeichnet seine konkrete Gestaltung als ausgesprochene Rechtskraftwirkung, nicht als Urteilswirkung. „Das Urteil normiert nur den Inhalt dessen, was als Recht gelten soll, für den Fall, daß ihm Rechtskraft zukommt“ [71]). Die materielle Rechtskraft bedeutet die Endgültigkeit der konkreten Gestaltung. Die Gestaltung selbst ist eine direkte Wirkung des Urteils. Die vorläufig vollstreckbaren Urteile sind dafür der einfachste Beweis. Die Rechtskraft gibt der Urteilswirkung eine besondere Eigenschaft, die aus der Prozeßidee folgt. Der Zweck des Prozesses äußert sich in der Gestaltung des Prozeßstoffes durch den Richter in einer für die Parteien unabänderlichen Form.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß zwischen der Auffassung Sauers und der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht kein großer Gegensatz besteht. Die Ansichten stimmen vor allem überein, insoweit von Sauer ebenso wie hier die materiellrechtliche Theorie als zu weitgehend, die prozessuale als zu eng gefaßt abgelehnt werden [72]). Aber die Themen sind andere. Sauer stellt auf das Wesen der materiellen Rechtskraft ab. Diese Arbeit untersucht weitergehend die Wirkungen, die aus der abschließenden konkreten Rechtsgestaltung durch den Richter im Hinblick auf die Parteien eintreten.

## G. DIE PRAKTISCHEN AUSWIRKUNGEN DER LEHRE VON DER ERMÄCHTIGUNG ALS MATERIELLEN URTEILSWIRKUNG UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG IHRER BEDEUTUNG FÜR DEN STRAFRICHTER.

Die beiden sich befehdenden Rechtskrafttheorien haben sich bisher gegenseitig mit der Begründung zu widerlegen versucht, daß die eine oder andere Theorie in der Praxis zu unhaltbaren Ergebnissen gelange und daher notwendig falsch sein müsse. Jede der beiden Theorieen sieht in der praktischen Brauchbarkeit ihrer Lehre einen Beweis für ihre Richtigkeit. Im ersten Teil dieser Arbeit sind die prozessuale und materiellrechtliche Theorie gewürdigt worden. Es hat sich gezeigt, daß beide Theorieen in der Praxis versagen. Die praktischen Auswirkungen einer Lehre sind jedoch für die Frage der Richtigkeit bezw. Unrichtigkeit entscheidend. Aus diesem Grunde bedarf auch die in dieser Arbeit verfochtene Anschauung einer Nachprüfung dahingehend, ob sie in der Praxis zu angemessenen und annehmbaren Ergebnissen führt. Gelegentlich der Herausarbeitung der Ermächtigung als einer materiellen Urteilswirkung

71) Sauer a.a.O. S. 235.
72) Sauer: Kritik des prozessualen Denkens S. 276.

sind sehr häufig materiell unrichtige Urteile als Beispiele angezogen worden. Diese Tatsache könnte zu der Annahme verleiten, als sei die materielle Urteilswirkung etwas, was allenfalls für ein unrichtiges Urteil in Frage kommen könne. Sie könnte somit diesen Ausführungen denselben Vorwurf eintragen wie der materiellrechtlichen Theorie, nämlich daß sie vom unrichtigen Urteil als einem Ausnahmefall ausgehe und die Wirkungen eines mit der außerprozessualen Rechtslage in Einklang stehenden Urteils nicht zu erklären vermöge.

Ein solcher Vorwurf ist unbegründet. Der wirkliche Gläubiger A klagt gegen den wirklichen Schuldner B auf Zahlung von RM 1000.— Kaufpreis und obsiegt in dem Rechtsstreit. Man kommt nun am schnellsten zum Ziele, wenn man fragt, ob auch dieser rechtmäßige Gläubiger nach Erlaß des Urteils ein Mehr an Berechtigung hat als vorher. Die Antwort kann nur bejahend ausfallen. Neben sein Forderungsrecht ist nach Erlaß des Urteils die Berechtigung getreten, sich einseitig zu befriedigen. Er kann sich über die Vorschrift des § 366 BGB hinwegsetzen. Auf Grund der ihm vom Richter erteilten Ermächtigung kann er den Schuldner nunmehr so behandeln, als ob dieser ihm die eingeklagte Summe verschulde. Dies Ergebnis entspricht der Billigkeit. Es ist vor allem nicht deshalb als unbillig anzusehen, weil der wirkliche Gläubiger durch das Urteil nicht sein volles Recht bekommt, sondern nur eine Ermächtigung, und weil der wirkliche Schuldner nur so behandelt wird, als ob er schulde. Der wirkliche Gläubiger verlangt in seinem Rechtsstreit nicht sein volles Recht. Dies hat er schon außerprozessual erworben. Er will nur, daß sein Recht auch vom Richter anerkannt wird und daß dieser ihm dann durch ein günstiges Urteil die Ermächtigung gibt, sein außerprozessual erworbenes und vom Richter anerkanntes Recht dem Schuldner gegenüber durchzusetzen. Ebenso bleibt der wirkliche Schuldner auch nach Erlaß des Urteils Schuldner. Die Behandlung als ob ist nur die materielle Wirkung des Urteils, sie kommt zu der außerprozessualen Verbindlichkeit hinzu. Siegt der wirkliche Gläubiger, so stehen außerprozessuales Recht und richterliche Ermächtigung ein und derselben Person zu. Klagt ein Nichtgläubiger und obsiegt er, so stehen Recht und Ermächtigung verschiedenen Personen zu. Das ist der ganze Unterschied. Festzuhalten ist jedoch, daß der Gläubiger der richterlichen Ermächtigung als Urteilswirkung ebensosehr bedarf wie der Nichtgläubiger.

Wenn der Nichteigentümer A gegen den Nichteigentümer B Klage auf Herausgabe einer im Besitz des B befindlichen Sache erhebt (§ 985 BGB) und mit dieser Klage durchdringt, so trägt A auf Grund des obsiegenden Urteils eine Ermächtigung davon. Er wird dem B gegenüber als Eigentümer behandelt. Die Annahme

einer Ermächtigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein am Prozeß völlig unbeteiligter Dritter in Wahrheit Eigentümer der Sache ist. Diesem steht es auch frei, seinerseits im Wege der Klage gegen den Sieger A vorzugehen. Die Ermächtigung ist grundsätzlich nur im Verhältnis der Prozeßpartei von rechtlicher Bedeutung. Es besteht keine Veranlassung, sie als absolutes Recht zu charakterisieren. Das gilt auch für den Fall, daß in dem Urteil über ein dingliches Recht entschieden wurde. Der siegreiche Eigentümer ist ebenso wie der obsiegende Nichteigentümer mit einer Urteilswirkung zufriedengestellt, auf Grund deren er dem unterlegenen Gegner gegenüber als Eigentümer behandelt wird. Jeder Dritte muß zwar die dem Sieger erteilte Ermächtigung als Tatsache hinnehmen. Das Dasein der Ermächtigung ist — wie das Dasein eines jeden subjektiven Rechts — absolut. Der Dritte wird jedoch von der rechtlichen Wirkung nicht betroffen. Diese ist relativ.

Goldschmidt[73]) führt als Beweis gegen die Richtigkeit der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie an, daß die Erfüllung einer zu Unrecht aberkannten Forderung keine Schenkung sein könne. Den Materiellrechtlern bleibt allerdings keine andere Wahl als diese von Goldschmidt kritisierte Annahme. Dem Gläubiger ist seine Forderung durch das unrichtige Urteil genommen. Für eine Erfüllung bleibt somit kein Raum. Die Prozessualisten müssen in anderer Richtung entscheiden. Die Frage, ob Schenkung oder Erfüllung, ist unter Umständen wegen der Formvorschrift des § 518 BGB von großer praktischer Bedeutung.

Nach der hier vertretenen Ansicht bleibt dem unterlegenen Gläubiger trotz des die Forderung aberkennenden Urteils die Forderung erhalten. Genommen ihm lediglich die Rechtsausübung. Der obsiegende Schuldner wird nach Erlaß des Urteils, wenn er es will — dies wird meistens übersehen —, als Nichtschuldner behandelt, braucht infolgedessen nicht zu zahlen. Er schuldet jedoch noch weiterhin. Zum Vergleich kann das Rechtsinstitut der Verjährung herangezogen werden, das schon von Coester als der Urteilswirkung parallellaufend angesehen wurde. Wenn der Schuldner trotz eingetretener Verjährung und trotz Kenntnis dieser Tatsache an den Gläubiger leistet, so erfüllt er seine Verbindlichkeit. Das ist unbestritten. Eine Rückforderung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 814 BGB) ist ausgeschlossen. In gleicher Weise muß man daher auch annehmen, daß die Leistung des wirklichen, aber trotzdem nicht zur Zahlung verurteilten Schuldner juristisch eine Erfüllung ist. Eine andere Wahl bleibt nicht, wenn man sich vor

73) Lehrbuch § 63, 2.

Augen hält, daß die Forderung des unterlegenen Gläubigers bestehen bleibt. Einen Vergleich der Urteilswirkung mit der Wirkung der Verjährung darf man nicht deshalb als unzulässig ablehnen, weil die Verjährung nur auf Antrag der Partei berücksichtigt wird, während die Urteilswirkung nach herrschender Ansicht von Amts wegen zu beachten ist. Entscheidend ist, daß Verjährung und rechtskräftiges Urteil dem unterlegenen Gläubiger nur eine Ausübungsmöglichkeit nehmen und dem Schuldner eine Ermächtigung geben. Ob der Schuldner von der Ermächtigung Gebrauch machen will, ist seine Sache. Er ist dazu nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt. Das gilt in gleichem Maße von der durch Eintritt der Verjährung wie von der durch Urteil erteilten Ermächtigung. Leistet der Schuldner an den mit der Klage abgewiesenen Gläubiger, so ist eine Rückforderung gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Der Schuldner hat in diesem Fall von seiner Ermächtigung eben keinen Gebrauch gemacht.

Ist ein Nichtschuldner auf Grund eines Urteils verpflichtet, an den Gläubiger zu zahlen, so kann dieser gegen eine Forderung des Schuldners aufrechnen. Diese Möglichkeit muß man ihm auch außerhalb eines Prozesses zuerkennen. Umgekehrt kann der mit seiner Forderung abgewiesene Gläubiger nicht aufrechnen. Ihm ist die Ausübungsmöglichkeit entzogen. Diese Tatsache darf nicht nur von einem späteren Richter berücksichtigt werden. Hat der Schuldner z. B. nach Erlaß des ihm günstigen Urteils seinerseits eine Forderung gegen den Gläubiger erworben, die er nunmehr einklagt, und will der beklagte Gläubiger mit der Begründung aufrechnen, daß ihm trotz des abweisenden Urteils eine Forderung gegen den Schuldner zustehe, so darf der Richter diese Einwendung nicht berücksichtigen. Verlangt in demselben Fall der Schuldner außerprozesual von dem Gläubiger Zahlung, so kann der Gläubiger hier ebensowenig aufrechnen wie irgendein anderer Nichtgläubiger. Die Ansicht der Prozessualisten, die den letzten Fall anders entscheiden müssen, ist unhaltbar. Nach ihrer Ansicht hat nur der Richter die Forderung im Verhältnis der von der Rechtskraft betroffenen Personen als bestehend bezw. als nicht bestehend zu betrachten und auf dieser Grundlage nach Maßgabe der Bestimmungen des Privatrechts weiter zu urteilen [74]). Praktisch kommen die Prozessualisten für den ersten Fall zu dem hier vertretenen Ergebnis. Ihre Begründung erscheint selbst Heim als vom Standpunkt der Logik nicht haltbar. Die hier gegebene Begründung wirkt entschieden zwangloser und begeht keinen Verstoß gegen die Gesetze der Logik, denn wer als Gläubiger behandelt wird, kann naturgemäß auch aufrechnen. Die

74) so wörtlich Heim, a.a.O. S. 250.

Aufrechnungsmöglichkeit ist entweder gegeben oder nicht gegeben. Ob sie innerhalb oder außerhalb eines Prozesses geltend gemacht wird, muß gleichgültig sein.

In ähnlicher Weise geht die Begründung der Prozessualisten in folgendem Fall fehl. Hat der Eigentümer A sein Eigentum in einem gegen B angestrengten Prozeß feststellen lassen und klagt er anschließend gemäß § 985 BGB auf Herausgabe, weil B die Sache an sich genommen hat, so braucht er in diesem Prozeß sein Eigentum nicht nachzuweisen. Er dringt mit der Klage durch, wenn er sich auf das vorangegangene Feststellungsurteil beruft. Die prozessuale Theorie begründet dies Ergebnis mit der Unbestreitbarkeit. Richtiger dürfte es sein, den Erfolg des A im zweiten Prozeß auf das Konto der Ermächtigung zu setzen, die A im ersten Prozeß erhalten hat. Der Richter braucht das Eigentumsrecht des A nicht mehr nachzuprüfen, da A durch das Feststellungsurteil zumindest eine Ermächtigung bekommen hat, der zufolge er als Eigentümer behandelt wird und die eine Klage auf Herausgabe allein schon rechtfertigt. Diese Auffassung vermeidet den Schönheitsfehler, daß die bloße Unbestreitbarkeit dieselbe Wirkung zeitigt wie das echte Recht. Die Unbestreitbarkeit verhindert nur, daß B im zweiten Prozeß mit Erfolg noch vorbringen kann, daß dem A das Recht bezw. die Ermächtigung trotz des Feststellungsurteils fehle, weicht also vor der Kausalität nicht aus. Der nach § 985 BGB klagende Eigentümer siegt auf Grund seiner durch das Feststellungsurteil erhaltenen Ermächtigung.

Von größter praktischer Auswirkung ist die Frage einer materiellen Urteilswirkung für das Problem, inwieweit der Strafrichter eine Entscheidung des Zivilrichters im Strafprozeß berücksichtigen kann und darf.

Die Frage nach einer solchen Bindung des Strafrichters ist in Literatur und Rechtsprechung äußerst umstritten. Allgemein wird aus der Bestimmung des § 262 StPO herausgelesen, daß der Strafrichter an eine Entscheidung des Zivilrichters nicht gebunden ist. Gegen diese Annahme verwahrt sich vor allem Kuttner [75]) mit Entschiedenheit. § 262 StPO verneint m. E. eine solche Bindung des Strafrichters auch nicht unbedingt. Aus Absatz 1 dieser Bestimmung läßt sich nur entnehmen, daß der Strafrichter im Rahmen eines Strafprozesses auch über eine zivilrechtliche Frage entscheiden darf. Die Notwendigkeit einer solchen Bestimmung ergibt sich sofort, wenn man sich vergegenwärtigt, daß andernfalls der Strafrichter aus Gründen der Zuständigkeit sich an den Zivilrichter wenden müßte, wenn seine Entscheidung von der jeweiligen Beantwortung einer zivilrecht-

75) Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses.

lichen Frage abhängt. Der Zivilrichter müßte dann sogar unter Umständen gegen den Willen der Parteien in Aktion treten. Das ganze Strafverfahren würde auseinandergerissen. Ist die zivilrechtliche Vorfrage schon Gegenstand eines Zivilprozesses, so ist gemäß § 262 Abs. 2 StPO der Strafrichter befugt, die Untersuchung auszusetzen und die Entscheidung des Zivilrichters abzuwarten. Die Vorschrift des Abs. 2 ergibt erst dann einen Sinn, wenn man den Abs. 1 in der hier geschehenen Weise auslegt. Der Richter darf die Entscheidung des Zivilrichters abwarten. Wie er aber dann zu handeln hat, wenn diese Entscheidung ergangen ist und zwar rechtskräftig, darüber besagen weder Abs. 1 noch Abs. 2 des § 262 StPO irgendetwas. Wäre es anders, so wären die verschiedenen Ansichten in dieser Frage nicht möglich.

Die Materiellrechtler kommen zwangsläufig zu einer Bindung des Strafrichters. Eine solche wird ferner von Glaser [76]), Ullmann [77]), v. Kries [78]), Bennecke-Beling [79]) und W. Jellineck [80]) vertreten.

Das Reichsgericht bejaht sie teilweise, in anderen Fällen wiederum spricht es sich dagegen aus [81]).

Umgekehrt ist ebenfalls nirgends bestimmt, daß der Strafrichter an das Zivilurteil gebunden ist. Kuttner will eine solche Bindung aus allgemeinen rechtspolitischen Erwägungen herauskonstruieren. Das Zivilurteil als höchster Akt der Rechtspflege müsse auch außerhalb der Amtsstube des Prozeßrichters und außerhalb des Dunstkreises neuer Zivilprozesse rechtlich von Bedeutung sein [82]). Jede andere Ansicht müsse statt zur unentbehrlichsten Rechtssicherheit zur Rechtsanarchie führen und die kostbaren Rechtsgarantieen des Zivilprozesses vor der Willkür eines jeden nicht prozeßrechtlichen Beamten zuschanden werden lassen [83]).

In der Tat bereitet es Schwierigkeiten sich vorzustellen, daß der Strafrichter in einem Strafprozeß entscheiden darf, daß A Eigentümer einer bestimmten Sache sei, obwohl im voraufgegangenen Zivilprozeß das Reichsgericht den B als Eigentümer bezeichnet hat [84]). In der Praxis legt auch jeder Strafrichter seiner Entscheidung das Erkenntnis des Zivilrichters zu Grunde. Es gilt aber die Richtigkeit

---

76) Strafprozessuale Studien (1885 S. 6—23) Handbuch 2, 92 ff.
77) Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts 1893 S. 295 ff.
78) Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts S. 558 ff.
79) Lehrbuch des Strafprozeßrechts 1900 S. 327.
80) Der fehlerhafte Staatsakt 1908 S. 138.
81) vgl. RG in JW 1932 S. 3129, wo praktisch eine Bindung des Strafrichters vom Reichsgericht bejaht wird.
82) Kuttner, a.a.O. S. 9.
83) a.a.O.
84) Siegert, a.a.O. S. 297, weist unter dem Gesichtspunkt einer Rechtserneuerung auf die Unhaltbarkeit einer solchen Praxis hin.

des offenbaren Bedürfnisses stärker zu untermauern, als es durch allgemeine Erwägungen geschehen kann. Der prozessualen Theorie ist diese Möglichkeit verschlossen.

Ist A vom Richter als Eigentümer einer Sache erklärt und beschädigt B diese nach Erlaß des Urteils, so muß B wegen Sachbeschädigung verurteilt werden. Ist das Zivilurteil in Rechtskraft erwachsen, so darf der Strafrichter nur von der Annahme ausgehen, daß A zu Recht Eigentümer ist. Auf Grund des Zivilurteils wird A jedenfalls als solcher behandelt. Er hat eine materielle Berechtigung davongetragen, allerdings nur in Richtung auf B. Die durch das Zivilurteil erteilte Ermächtigung ist zwar zivilrechtlicher Natur. Sie muß aber im Hinblick auf den Strafprozeß in eine strafrechtliche umgedacht werden. Die strafrechtliche Ermächtigung kann und muß aus der zivilrechtlichen zwingend gefolgert werden. Das ergibt sich aus folgendem:

Der Nichteigentümer N hat sich von dem Eigentümer E die privative Ermächtigung geben lassen, das Eigentumsrecht des E auszuüben. In einem solchen Falle ist N zweifellos befugt, gegen den Zerstörer der Sache Strafantrag zu stellen.

Dasselbe muß gelten, falls der Nichteigentümer N die Ermächtigung, das Eigentumsrecht des E auszuüben, durch ein Urteil bekommen hat. Die durch Urteil erteilte Ermächtigung hat ebenfalls privativen Charakter. Sie ist nicht kumulativ, denn mit Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung ist allein der siegreiche Nichteigentümer N als befugt anzusehen, über die ihm zugesprochene Sache zu verfügen. Es besteht keinerlei Veranlassung, in der Frage, ob der durch Urteil ermächtigte Nichteigentümer zur Stellung des Strafantrages berechtigt ist, anders zu entscheiden, als wenn es sich um den von dem Eigentümer Ermächtigten handelt. Diese zivil- und strafrechtliche Ermächtigung muß jedermann als etwas Tatsächliches berücksichtigen. Der Strafrichter kann davon keine Ausnahme machen. Auch er ist gehalten, den A im Hinblick auf B als Eigentümer zu behandeln und zwar zivil- und strafrechtlich. Er kann sich über die Berechtigung des A ebensowenig hinwegsetzen wie über jedes andere materielle Recht. Rechte muß er respektieren. A kann infolge seiner Berechtigung, als Eigentümer behandelt zu werden, auch rechtswirksam demgemäß den nach § 303 StGB erforderlichen Strafantrag stellen. Sonst wäre sein Recht, als Eigentümer behandelt zu werden, etwas Unvollkommenes.

A kann aber nicht nur wegen Sachbeschädigung auf Bestrafung des B antragen, falls das Delikt nach Erlaß des Zivilurteils begangen wurde. Auch durch eine vor Erlaß des Urteils verübte Sachbeschädigung macht sich dieser strafbar. Das bedingt allerdings eine Ein-

schränkung. Der Zeitpunkt des Delikts muß durch das Urteil zu Gunsten des A gedeckt sein. M. a. W.: Die Ermächtigung des A muß diesem für die Zeit gegeben sein, in der das Delikt begangen wurde. Als Beispiel ließe sich der Fall anführen, daß A im Jahre 1935 ein Urteil erwirkt, wonach er seit dem Jahre 1931 Eigentümer einer Sache ist. B ist dann auch strafbar, wenn er die Sache im Jahre 1933 beschädigt hat, selbst wenn zu dieser Zeit noch niemand an diesen späteren Prozeß dachte. Umgekehrt ist B nicht zu bestrafen, wenn im Jahre 1935 im Urteile nur festgestellt wird, daß A im Zeitpunkt der Urteilsverkündung Eigentümer sei. In diesem Falle erstreckt sich die Ermächtigung für A nicht auf das Jahr 1933. Die materiellrechtliche Theorie kann zu einer Verurteilung des B wegen der im Jahre 1933 begangenen Straftat auch nur dann gelangen, wenn sie als Urteilswirkung eine Ermächtigung zu Grunde legt. Dies gilt auch für den Fall, daß A im Urteil als Eigentümer seit dem Jahre 1931 bezeichnet wird. A kann durch dieses Urteil niemals schon im Jahre 1931 Eigentümer werden, allenfalls seit Erlaß des Urteils [85]). Ein rückwirkender Eigentumserwerb ist undenkbar, dagegen läßt sich eine solche Rückwirkung mit dem Wesen der Ermächtigung durchaus vereinbaren. Insoweit, als das von den Materiellrechtlern als durch das Urteil erworben behauptete Recht zugleich eine Ermächtigung in sich birgt, kann eine Verurteilung des B nach der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie erfolgen. Sie wird nicht durch das Eigentumsrecht des A ermöglicht, sondern durch die diesem erteilte Ermächtigung.

Legt man die Ansicht der Prozessualisten zu Grunde, so ist das Zivilurteil für den Strafrichter wertlos. B kann sich mit Erfolg ihm gegenüber darauf berufen, daß er im Jahre 1931 Eigentümer der Sache gewesen sei und daß das Zivilurteil hieran habe nichts ändern können. Eine Bestrafung des B ist in diesem Falle nur möglich, wenn auch der Strafrichter auf Grund seiner Ermittlungen den A als Eigentümer seit dem Jahre 1931 ansieht.

Anschließend mögen einige von Kuttner angezogene, im Ergebnis richtig entschiedene Beispiele erörtert werden. Wer rechtskräftig verurteilt ist, eine andere Person zu unterhalten, muß nach § 361 Ziffer 10 StGB bestraft werden, wenn er sich dieser Verpflichtung schuldhaft entzieht. Die Begründung hierfür ist nicht, daß „andernfalls dem Strafrichter gestattet würde, in transzendentaler Verstiegenheit imaginäre Privatrechtszustände als lebendige Wirklichkeiten zu behandeln, obgleich diese Privatrechtszustände vor keinem Prozeßgericht mehr Rechtsschutz finden könnten [86])."

85) Vergl. in dieser Arbeit S. 5.
86) Kuttner: a.a.O. S. 222.

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht erfolgt die Bestrafung allein deshalb, weil der zur Leistung Verurteilte in jeder Beziehung auf Grund des Urteils als Unterhaltspflichtiger behandelt wird.

Ist der wirkliche Gläubiger im Prozeß gegen den Schuldner unterlegen, so wird er wegen Erpressung (§ 253 StGB) verurteilt, wenn er seine Forderung durch Drohung von dem Schuldner eintreibt. Er muß als Nichtgläubiger behandelt werden, der einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebt.

Es bedarf kaum der Hervorhebung, daß auch der Prozeßsieger strafbar ist, wenn nicht die unterlegene Prozeßpartei, sondern ein außenstehender Dritter gegen ihn auf Bestrafung anträgt und dem Strafrichter nachweist, daß er Berechtigter ist. Das ergibt sich schon daraus, daß die durch Urteil erteilte Ermächtigung sich grundsätzlich immer nur auf das Verhältnis zum Prozeßgegner erstreckt.

Die Tatsache, daß ein Dritter hervortritt und mit Erfolg das von dem Prozeßsieger behauptete Recht für sich in Anspruch nimmt, kann auch für einen Strafprozeß des Prozeßsiegers gegen den Unterlegenen von Bedeutung werden. A hat am 1. Januar 1934 gegen B ein Urteil erwirkt mit dem Inhalt, daß ihm das Eigentum an einer bestimmten Sache zustehe. Anschließend beschädigt B diese Sache, und A trägt auf Bestrafung des B an. Während das Strafverfahren gegen B noch schwebt, streitet ein Dritter dem A die beschädigte Sache mit Erfolg ab, weil er das Eigentum an dieser von B beschädigten Sache am 30. Oktober 1933 erworben habe. Das Strafverfahren gegen B nimmt trotzdem seinen Fortgang. A wurde im Zeitpunkt der Beschädigung als Eigentümer behandelt. Auf Grund seiner Ermächtigung durch das Urteil hat er den Strafantrag gestellt. B muß bestraft werden, weil er die Sache eines als Eigentümer Behandelten beschädigt hat. Wer dies als unrichtig ansieht, muß annehmen, daß dem Prozeßsieger die Ermächtigung durch das spätere Urteil zu Gunsten des Dritten mit Wirkung ex tunc genommen wird. Die Ermächtigung selbst würde man damit trotzdem nicht widerlegen, sondern nur in der Frage der Rückwirkung der Ermächtigung würde anders entschieden. Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, ob nicht der Dritte nach seinem Siege den Strafantrag zurücknehmen kann. Diese Möglichkeit wird man ihm zubilligen müssen, denn die Ermächtigung kann nur dann ihre Wirkungen ausüben, solange das Recht selbst schweigt. Der Dritte könnte also den Strafantrag zurücknehmen, wenn der frühere Prozeßsieger z. B. gegen den Sohn des Dritten Strafantrag gestellt hat. Im einzelnen hat Krückmann [87]) diese Möglichkeiten erörtert, auf dessen Darstellung daher verwiesen werden kann.

87) Vergl. ZZP 47, 54 ff.

Die herrschende Lehre, die die Bedeutungslosigkeit des Zivilurteils für die Entscheidung des Strafrichters behauptet, sucht die Begründung für diese Erscheinung in der Erwägung zu finden, daß der Zivilprozeß mit seiner Verhandlungsmaxime nur die subjektive Wahrheit feststellt. In der Tat besteht die Möglichkeit, daß die Parteien im gegenseitigen Einverständnis einen falschen Urteilsspruch herbeiführen. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit jedoch so wenig Gebrauch gemacht, daß eine Rücksichtnahme auf diese Möglichkeit unnötig erscheint. Wegen dieser Einzelfälle dem Zivilurteil jede Wirkung im Strafprozeß abzusprechen, geht nicht an. Mit Kuttner teilt die hier verfochtene Auffassung das Ergebnis, in der Begründung weicht sie von ihm ab.

## H. SCHLUSSBEMERKUNG.

Zusammengefaßt läßt diese Arbeit folgende Auffassung erkennen:

Das Urteil hat materielle Wirkungen in der Form einer Ermächtigung oder ihrer Entziehung.

Damit ist das volle Recht der Materiellrechtler und das Nichts an materieller Wirkung der Prozessualisten ersetzt durch die Ermächtigung.

Von der Rechtskraftwirkung ist diese materielle Urteilswirkung streng zu scheiden. Die materielle Rechtskraft verstärkt nur die materielle Urteilswirkung, macht sie in einem späteren Prozeß unbestreitbar und überhaupt unangreifbar. Sie ist nur eine Eigenschaft der Urteilswirkung.

Die materiellen Wirkungen in der Form der Ermächtigung erklären nicht die Rechtskraftwirkung.

Was in der Literatur als „privatrechtliche Nebenwirkungen" oder als „Tatbestandswirkungen" bezeichnet wird, unterscheidet sich dem Wesen nach in nichts von den gewöhnlichen Urteilswirkungen.

Die Ermächtigung als materielle Urteilswirkung gibt dem Strafrichter die Handhabe, das Zivilurteil seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

## LEBENSLAUF.

Am 26. Juli 1912 wurde ich als Sohn des Vermessungsinspektors Thomas Degener und der Helene Degener, geb. Ahrenholtz, in Münster i/Westf. geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Ich besuchte die evangelische Volksschule und die Rektoratschule in Olpe i/Westf. Nach vierjährigem Besuch des Gymnasiums in Attendorn bestand ich dort Ostern 1931 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich drei Semester in Münster, zwei Semester in Berlin und weitere zwei Semester wieder in Münster Rechts- und Staatswissenschaft. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 2. März 1935 bei dem Oberlandesgericht in Hamm. Am 1. Febr, 1936 wurde ich von der Regierung in Düsseldorf als Regierungsreferendar übernommen. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 26. November 1936.

Werner Gerhard Heinrich Degener.